UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE

SUR LE

FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

LÉON DU CHAFFAUT

AVOCAT

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER

Rue Venture, 19

—

1907

ÉTUDE

SUR LE

FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

PERSONNEL

MM. BRY, doyen, professeur de Droit Romain, chargé de cours de Législation Industrielle.

JOURDAN, professeur de Droit Civil, chargé de cours d'Histoire du Droit Privé (Doctorat).

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit Commercial, chargé du cours de Droit Maritime.

VERMOND, professeur de Droit Romain.

MOREAU, professeur de Droit Administratif, chargé de cours de Droit Administratif approfondi (Doctorat) et de Législation Financière.

AUDINET, professeur de Droit International public et privé, chargé de cours de Droit International public (Doctorat).

CÉZAR-BRU, professeur de Droit Civil, chargé du cours de Droit Civil approfondi (Doctorat).

BABLED, professeur d'Économie Politique, chargé de cours d'Histoire des Doctrines Économiques (Doctorat).

BONNECARRÈRE, professeur de Législation Criminelle, chargé du cours d'Enregistrement et Notariat.

DELPECH, agrégé, chargé des cours de Droit Public et de Droit Constitutionnel.

RIPERT, agrégé, chargé de cours de Droit Civil.

PERROUD, agrégé, chargé des cours de Procédure Civile et d'Histoire du Droit (Licence).

RAYNAUD, agrégé, chargé des Cours d'Économie Politique (Licence et Doctorat) et d'Histoire du Droit Public (Doctorat).

JOUGLA, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

ÉTUDE

SUR LE

FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

PAR

LÉON DU CHAFFAUT

AVOCAT

ACAD. LUDIENAT BIBL.

MARSEILLE

TYPOGRAPHIE ET LITHOGRAPHIE BARLATIER

Rue Venture, 19

1907

BIBLIOGRAPHIE

BENTHAM. — *Théorie des Peines et des Récompenses.*
BERTHAULD. — *Étude sur le Droit de punir.*
BECCARIA. — *Traité des Délits et des Peines.*
CARNEVALE. — *Revista penale Février 1907.*
FICHTE. — *Considérations sur la Révolution française.*
FRANK. — *Philosophie du Droit pénal.*
FOUILLÉE. — *Revue des Deux Mondes*, 15 septembre 1879.
GAROFALO. — *Criminologie.*
FAUSTIN HÉLIE. — *Théorie du Code pénal. Introduction à la 2e édition du droit pénal de Rossi.*
JOLY. — *Le Crime.*
KANT. — *Éléments métaphysiques de la Doctrine du Droit.*
LOMBROSO. — *L'homme criminel.*
MILL. — *Philosophie de Hamilton. Liberté. L'Utilitarisme.*
ORTOLAN. — *Droit pénal.*
PROAL — *Le Crime et la Peine.*
REINACH. — *Les récidivistes.*
ROSSI. — *Droit pénal.*
SPENCER. — *Justice.*
TARDE. — *Statistique criminelle du dernier siècle.*

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549817_0013

INTRODUCTION

Plus un code est ancien, plus les dispositions pénales y sont étendues et plus l'importance qui leur est donnée semble en disproportion avec celle des lois purement civiles et cependant il a fallu des siècles pour que puisse s'établir et se préciser un peu cette notion de la responsabilité pénale sur laquelle des travaux relativement récents ont jeté un jour nouveau.

L'État semble n'avoir eu que lentement et comme progressivement conscience de son droit exclusif de punir. Pendant longtemps, il l'a partagé avec l'individu, soit qu'il le laissât se défendre et se venger lui-même, soit qu'il abandonnât l'usage de la peine criminelle à des groupes restreints d'individualités comme la famille, les prêtres, les corporations... .

Au début des sociétés, l'idée seule de vengeance semble dominer la matière; il ne s'agit pas de punir ou de corriger, mais seulement de rendre le mal pour le mal: le coup reçu provoque le désir d'en donner un semblable. Ce mouvement

physique et instinctif de vengeance est un simple réflexe produit par la douleur éprouvée... Peu à peu, les habitudes de vengeance à force ouverte, nées de l'indépendance presque complète des individus ou des familles, s'affaiblissent à mesure que les liens de la société commencent à devenir plus solides.

A la violence des passions humaines, l'autorité naissante essaie d'opposer et d'imposer des lois qui respirent, elles aussi, la vengeance et qui semblent écrites avec du sang. Les nations anciennes, même les plus civilisées, étaient prodigues des peines les plus barbares. A Athènes comme à Rome, la lapidation, la croix, la mort sous le fouet, les écartèlements et d'autres supplices presque aussi cruels sont appliqués couramment aux sacrilèges, à la désertion, à la divulgation des secrets religieux, au vol manifeste et à d'autres fautes plus ou moins graves.

Les prêtres interviennent bientôt dans cette distribution un peu excessive des peines et essaient de corriger, en y introduisant une première idée d'expiation, ces formes primitives et brutales de la vindicte publique.

La justice humaine, à peine hors de ses langes, essaie de s'étayer sur la justice divine et trouve

comme première limite du droit de punir, ainsi régularisé, la loi du talion qui se rencontre dans presque toutes les législations anciennes.

L'exode, Solon, la loi des douze tables nous montrent des exemples, cités bien souvent, des premières applications de cette loi stricte et cruelle que Kant considérera, quelques siècles plus tard, comme la véritable règle du droit pénal.

Ici, commence à intervenir, en même temps que la pensée religieuse de l'expiation, l'idée, déjà sociale, de restreindre cette expiation à la proportion du préjudice causé.

Peu à peu, les progrès de la civilisation nous font assister à l'évolution de ces principes opposés et l'État commence à entrevoir un autre but que celui de la vengeance ou de l'expiation. La notion de l'intérêt général commence à éclairer d'un jour nouveau le droit de punir et à en atténuer les cruautés primitives.

Ces principes animent déjà la législation romaine de l'époque classique, après avoir été exprimés clairement dans le Protagoras et les Lois de Platon... Après lui, Cicéron, Sénèque, Quintilien voient, tantôt dans la nécessité sociale, tantôt dans la justice morale, le fondement du

droit de punir. Plus tard, Beaumanoir, Pierre Ayrault, Jean Bouteiller entrevoient aussi une grande partie des théories utilitaristes en matière pénale, auxquelles Hobbes, Stuart-Mill, Locke, Bentham, Beccaria, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu donneront des formes différentes et définitives.

Ainsi se dégage peu à peu cette philosophie du droit pénal à l'étude de laquelle nous voulons essayer d'apporter aujourd'hui notre modeste concours.

Comme nous l'avons vu, deux idées principales, auxquelles se rattachent tous les systèmes, attirent tout d'abord notre attention et semblent les deux conceptions directrices du droit pénal : l'idée d'utilité sociale et celle d'expiation d'une faute morale.

Nous essaierons donc d'abord de voir si le principe de l'intérêt individuel ou général peut servir de base au droit de punir. Cette étude est, pour nous, particulièrement importante, car l'influence des idées utilitaristes a été très sensible sur l'élaboration de notre code pénal. En outre, de cette théorie principale où l'utilité est considérée en bloc, découle une multitude de théories dérivées où elle est considérée sous des aspects

spéciaux. Ortolan les appelle la petite monnaie du système utilitaire. Telles sont celles de la vengeance proprement dite, de la vengeance épurée ou apaisée, de la réparation, de la défense directe ou indirecte, de l'école Italienne et de Lombroso, etc...

Les Allemands donnent à toutes ces théories la qualification de théories relatives, parce qu'elles se réfèrent toutes à un certain but à atteindre, par opposition aux théories absolues ou abstraites qui essaient de trouver la démonstration du droit de punir en lui-même et indépendamment de tout but d'utilité.

Pour que l'étude de ces théories relatives soit plus précise et, en quelque sorte, plus concrète, c'est dans Stuart-Mill, le philosophe anglais, le véritable père de l'utilitarisme, que nous en examinerons les détails.

Nous essaierons ensuite de voir si ce n'est pas, au contraire, comme le veulent Leibnitz et Kant, dans l'idée du châtiment mérité d'une faute morale, qu'il faut voir le véritable fondement de la peine criminelle. Pour pouvoir juger cette théorie, presque absolument abandonnée aujourd'hui, dans une de ses formes les plus modernes et les plus saisissantes, c'est dans Kant que nous étu-

dierons sa magnifique manifestation... Plus voisines de nous sont les théories éclectiques, soutenues cependant depuis des siècles et qui ont envahi l'École de droit. Nous verrons brièvement s'il est possible, comme elles le prétendent, de concilier, dans un harmonieux amalgame, le principe de Kant et celui de Stuart-Mill et si ce n'est pas une entreprise plus chimérique encore que toutes les autres de vouloir les limiter l'un par l'autre.

Il nous faudra enfin, après avoir dit quelques mots de certaines théories plus ou moins proches des précédentes, nous poser à notre tour le problème et c'est dans l'analyse de la vie sociale, dans l'étude de la morale collective de la nation, que nous essaierons de distinguer et de découvrir le véritable fondement, la justification définitive du droit de punir.

CHAPITRE PREMIER

LA PEINE CRIMINELLE ET L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

« L'utilitarisme, c'est la croyance qui accepte comme fondement de la morale le principe du plus grand bonheur et tient pour certain que les actions sont bonnes en proportion du bonheur qu'elles donnent et mauvaises si elles tendent à produire le contraire du bonheur. » Tel est, précisé, dans une phrase de Stuart-Mill, l'essentiel de la doctrine utilitariste. L'application de ces principes à la criminologie était aussi facile que séduisante. Une double ressemblance semblait s'imposer, en effet, entre la loi pénale et la loi morale. Celle-ci ne déclarait mauvais que les actes nuisibles à l'individu ; celle-là ne punissait que les actes contraires à l'intérêt social. L'intérêt de l'individu confondu avec celui du groupement, devait fournir le fondement de la première, la seconde serait donc parallèlement basée sur l'un et sur l'autre.

Sans doute, cette théorie n'est pas nouvelle et ses protagonistes sont légion en ce qui concerne tout au moins son application au droit pénal. Elle transparaît déjà, par moment, dans les écrits des premiers philosophes grecs, se retrouve, plus ou moins distincte, dans les œuvres de certains écrivains de l'époque classique à Rome et des auteurs de notre moyen âge, pour s'épanouir, décorée de noms divers, chez les criminalistes des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles. Nulle part elle n'a été développée avec autant de force et de précision que dans les œuves des maîtres de l'école utilitariste anglaise. Pour eux, en effet, elle n'est qu'une partie de leur système philosophique, « une des pierres du temple qu'ils élèvent au culte de l'intérêt bien entendu. »

« Il y a deux fins qui, dans la théorie des nécessitaires, suffisent pour justifier le châtiment : le profit qu'en retire le coupable lui-même et la protection des autres hommes. »

Tel est, d'après Stuart-Mill, dans sa philosophie de Hamilton, le *double* but de la contrainte sociale. Essayons donc de voir tout d'abord si la peine est un profit pour le condamné.

« Punir l'homme pour son propre bien (dit Stuart-Mill et pourraient répéter les philosophes

plus ou moins épris de ses théories qui voient, dans la réformation morale du criminel, un des fondements principaux du droit de punir), pourvu que celui qui inflige la peine ait un titre à se faire juge, n'est pas plus injuste que de lui faire prendre un remède. Faire du bien à une personne, ce ne peut être lui faire du mal. »

Et voici les avantages que le châtiment procure au condamné :

« Pour ce qui regarde le criminel, la théorie veut qu'en contrebalançant l'influence des tentations présentes ou des mauvaises habitudes acquises, la peine rétablisse dans l'esprit cette prépondérance normale de l'amour du bien que beaucoup de philosophes et de théologiens regardent comme la vraie définition de la liberté. » Ainsi la peine est utile au condamné parce qu'elle l'empêche de recommencer.

« Par rapport à un délinquant donné, écrit Bentham, dans sa Théorie des peines et des récompenses, on peut prévenir la répétition du délit de trois manières : en lui ôtant le pouvoir physique de le commettre, en lui en faisant perdre le désir, en lui en ôtant l'audace. Dans le premier cas, le délinquant ne peut plus commettre le délit ; dans le second, il ne le veut plus ; dans

le troisième, il peut le vouloir encore, mais il ne l'ose plus. Dans le premier cas, il y a incapacité physique; dans le second, réformation morale; dans le troisième, intimidation. »

Avant de voir si ces résultats auxquels devrait aboutir la peine criminelle, sont vraiment un avantage pour le délinquant, essayons de nous demander si la contrainte sociale peut vraiment paralyser, améliorer ou intimider le criminel qui l'a subie.

Pour ôter au délinquant le pouvoir physique de commettre le délit, il faut ou bien le supprimer radicalement ou le faire vivre jusqu'à sa mort en dehors de la société : exécution capitale, prison perpétuelle ou déportation en masse. L'école italienne ne recule pas devant ce système employé avec succès en Angleterre et ailleurs et Platon conseillait déjà la transportation en foule des criminels dans des colonies désertes. Si l'on en vient à ces mesures extrêmes, c'est donc qu'on ne peut compter sur l'amendement du criminel, ni sur son intimidation.

Exécuter un assassin, garder un voleur en captivité jusqu'à son dernier jour sont de singuliers moyens de leur apprendre à vivre honnêtement et l'emploi de ces mesures pénales à leur

égard ne paraît pas démontrer qu'on ait de bonnes raisons de croire que l'amour du bien, si ce n'est de celui des autres, selon le mot de M. Guyau, doive jamais prédominer réellement chez eux.

Mais considérons des peines moins cruelles et voyons si elles sont capables de contrebalancer l'influence des mauvaises habitudes acquises et de faire perdre au condamné le désir de commettre de nouveaux crimes. Il est évident que faire tourner la punition d'un criminel au profit de son amélioration serait, comme le disait M. Béranger au Sénat (séance du 26 mars 1884), un des moyens les plus efficaces de travailler à la préservation sociale, mais il semble bien difficile d'y arriver.

Sans doute, la secousse douloureuse déterminée chez certains criminels par une condamnation peut contribuer parfois à faire naître dans leur âme le remords ou le repentir. En déracinant le délinquant, en l'arrachant à de mauvaises influences, le châtiment peut lui permettre de faire de salutaires réflexious et de rentrer dans le droit chemin... Les conseils d'un gardien ou d'un aumônier ont parfois aussi d'heureux effets et, si la peine n'est pas alors la cause d'un amen-

dement, d'ailleurs le plus souvent passager, elle en est tout au moins l'occasion.

Mais au point de vue social, le remords, le repentir et l'expiation, très rares d'ailleurs, sont bien peu de chose. Ce qu'il faudrait avant tout, c'est relever définitivement le niveau moral du condamné. C'est un être anti-social, il faudrait lui donner des habitudes sociales et les établir assez fortement chez lui pour qu'il puisse, une fois rendu à la liberté, résister à ses instincts et mener une vie normale. La peine semble un instrument forcément trop imparfait pour obtenir de tels résultats.

Dans l'état actuel des choses, et il semble impossible de le modifier, ou bien le condamné subira la peine avec des camarades de son espèce, ou bien il sera emprisonné tout seul en cellule.

Dans le premier cas, l'influence des mauvais conseils et des mauvais exemples le rendra plus criminel encore. « Si tu veux dépouiller tes vices, dit Sénèque, fuis au plus loin les vicieux exemples : l'avare, le séducteur, l'homme cruel, l'artisan de fraudes, si contagieux par leur seule approche, sont en toi. Passe au camp des hommes vertueux ! ».

La Société ne semble-t-elle pas prendre le contrepied de cette maxime et dire au coupable :

Tu veux redevenir honnête, passe au camp des criminels, vis avec eux, parle leur langue et résiste, si tu le peux, à la contagion du mauvais exemple. Comme l'indique le rapport de la Cour de Bourges, dans l'enquête parlementaire sur le régime des établissements pénitentiaires, pour les détenus, se voir, c'est se connaître, se connaître, c'est se perdre mutuellement.

Essayons donc du régime cellulaire ; plus moderne, plus à la mode et plus coûteux que celui de la prison commune, donnera-t-il de meilleurs résultats ?

Nous ne le pensons pas. Si on enfermait un honnête homme entre quatre murs pendant cinq ou dix ans, il y aurait de fortes chances pour que le *væ soli* de l'Écriture se réalisât une fois de plus et pour que, de cet être bien portant, intelligent et honnête, l'on ait fait un malade, un idiot ou un criminel.

Comment, par une bizarre et inexplicable contradiction, la réclusion cellulaire pourrait-elle changer en un honnête homme un voleur ou un assassin ?

Comment enfermer quelqu'un pendant des années dans la solitude pourrait-il être un moyen de lui apprendre à vivre en société ?

On a essayé d'échapper à ce dilemme en envisageant une troisième hypothèse, le condamné vivant avec d'honnêtes gens dans une colonie agricole, par exemple. Cela est parfois un moyen pratique de punition et d'amélioration pour de très jeunes délinquants occasionnels, mais la peine se trouve alors infiniment réduite. Pour essayer de guérir, elle cesse d'intimider. Ce qu'il y a de plus douloureux dans la contrainte sociale, c'est la vie hors du groupement et la privation absolue de la liberté. Supprimer ou trop réduire ces deux éléments essentiels de la peine criminelle, c'est l'atténuer considérablement. L'adoucissement des mœurs, les progrès de l'instruction et l'élévation du niveau de la moralité publique permettront peut-être, un jour, en diminuant la portée suggestive du délit, de réaliser ce beau rêve...

Mais, actuellement et pratiquement, la peine ne peut châtier le criminel qu'en le faisant vivre d'une façon anormale et antisociale, tout seul ou avec d'autres criminels. Dans les deux cas, elle doit renoncer à lui apprendre à mener une vie régulière dans la société.

La loi Béranger fait bien voir le peu de confiance qu'ont nos gouvernants dans l'influence moralisatrice des châtiments qu'ils établissent. Ils

ont voulu, sans doute, être indulgents pour une première faute, mais ils ont craint surtout, et avec raison, de pervertir définitivement, par un emprisonnement de quelques mois, un délinquant occasionnel.....

Mais sans amender le coupable, sans le réformer absolument, peut-être la peine pourrait-elle suffire tout au moins à *l'intimider* et à contrebalancer l'influence des tentations présentes ? Il n'est pas douteux, en effet, qu'en dehors de toute réformation morale, une vive souffrance éprouvée ne soit un motif puissant d'éviter l'action qui a amené cette souffrance.

Le malheur est qu'on ne peut échapper à cette vérité logique que, pour celui qui s'est déjà rendu coupable d'un délit, l'intimidation varie en raison directe de la cruauté de la peine. A supposer, avec les utilitaristes, que l'intimidation soit un profit pour le condamné, il faudra être cruel pour pouvoir être utile. Les législations modernes ne s'y décident pas volontiers et l'on a pu dire que l'histoire de la législation criminelle n'était qu'une abolition constante. Aussi voyons-nous augmenter peu à peu les récidives en même temps que s'adoucissent les peines.

En Autriche, de 1871 à 1886, la récidive s'est

élevée de 42 à 45 o/o. En Espagne, de 1862 à 1881, elle augmente de 14 o/o. En France, en vingt ans, de 1865 à 1885, elle s'accroît de 6 o/o et passe de 48 à 54 o/o..... Le seul moyen d'enrayer cette dangereuse progression est, comme on le fait en Angleterre, d'augmenter la durée des emprisonnements, de pratiquer la relégation, en un mot, de ne rendre le criminel à la société que le plus tard et le moins possible. Ce n'est plus de l'intimidation, mais de l'élimination. Il est douteux, d'ailleurs, que la menace des peines les plus graves du système pénitentiaire puisse retenir les criminels endurcis.

M. l'abbé Moreau, dans *Le monde des prisons,* cite cette confidence caractéristique d'un détenu : « Pendant mon séjour à la Grande-Roquette, j'étais persuadé que les souffrances physiques que j'avais endurées suffiraient pour me retenir, j'ai eu tort : les souffrances physiques ont été oubliées et, quant au moral, il était complètement atrophié. »

Garofalo *(Criminologie,* p. 245) nous donne, lui aussi, d'après d'Olivecrona, un exemple typique de la persistance des instincts criminels, malgré la menace des peines les plus cruelles : « En Suède, le roi a l'habitude de faire grâce aux

condamnés à perpétuité, quand, pendant dix ans, ils se sont bien comportés dans la maison de force, et pourvu qu'une personne de confiance leur ait offert du travail. » Un condamné à vie, d'excellente conduite et qui trouve un honnête protecteur! Qui, de prime abord, pourrait, dans ce cas exceptionnel, douter de l'amendement ? Outre cela, la grâce est toujours accompagnée de la condition que, si celui qui a été libéré commet un nouveau délit, il reprendra les travaux forcés à perpétuité. Aux plus grandes présomptions d'amendement, viennent donc s'ajouter les meilleures raisons d'intimidation. Et pourtant, « malgré cette épée de Damoclès, toujours suspendue sur la tête des graciés, les récidivistes, dans cette classe, sont très nombreux et, en 1868, ils atteignent la proportion énorme de 75 o/o, c'est-à-dire que sur quatre condamnés, graciés dans ces conditions spéciales, trois ont dû, à cause de nouveaux méfaits, rentrer à la maison de force pour y continuer leur peine. » (D'Olivecrona : *Des causes de la récidive et des moyens d'en restreindre les effets.*)

Il ne semble pas, d'ailleurs, que la sanction sociale, en France, ait des résultats moralisateurs plus appréciables qu'en Suède, puisque, d'après

un rapport du Garde des Sceaux (*Journal Officiel* du 13 mars 1883) « la moitié des libérés commet de nouveaux crimes ou délits, presque au sortir de la prison . . . . . »

La vérité semble donc être de plus en plus, car les récidivistes sont toujours plus nombreux dans l'ensemble des nations civilisées, que, comme le dit fort bien Garofalo, « ce sont les mêmes individus qui se livrent invariablement aux mêmes offenses. »

La criminalité tend tous les jours à se concentrer davantage, à se renfermer dans un cercle toujours plus étroit, elle devient une carrière, selon M. Tarde, et les peines même les plus cruelles, réussissent bien rarement à intimider les professionnels qui l'ont embrassée.

La sanction sociale semble surtout avoir pour but d'intimider par avance et d'arrêter éventuellement, par l'effroi obscur qu'elle leur inspire, ceux qui ne la connaissent pas encore. Ceux-là craignent d'être considérés comme des criminels plutôt que d'être frappés comme tels, ils ont peur de la prison comme on a peur de l'inconnu. Pour les intimider, la sanction sociale n'a pas besoin d'être bien cruelle ; aussi s'adoucit-elle tous les jours, à mesure qu'on renonce chaque jour

davantage à impressionner le condamné assez fortement pour l'empêcher de recommencer.

Aussi la prison, qui s'éclaire et s'embellit, tend-elle à devenir de plus en plus, selon le mot de Garofalo, le club où le criminel va retrouver ses amis, et Lombroso peut-il citer, à ce sujet, sans ironie, deux couplets caractéristiques d'une chanson sicilienne : « Celui qui dit du mal de la Vicaria (prison de Palerme), il mériterait des coups de couteau au visage. Celui qui dit que la prison punit, comme il se trompe, pauvre sot ! » En un style plus modéré, M. Joseph Reinach, dans son livre sur les récidivistes, exprime des idées analogues et jette dans le débat cette parole grave d'un ouvrier parisien devant une prison : « Il y a là des malfaiteurs qui ne manquent de rien ; moi et ma famille nous sommes honnêtes et nous avons peine à vivre. »

Quelle que soit la part d'exagération que contiennent ces boutades et l'enseignement qu'elles semblent comporter pour le législateur, nous nous contenterons d'en retenir, car ce seul point de fait nous intéresse, que l'adoucissement progressif de la pénalité semble une loi historique du progrès social et que, comme l'écrit M. Guyau, « les barreaux de fer qui retiennent le

coupable, sans trop écarter les rayons du soleil, figurent symboliquement l'idéal de la justice pénale qu'on peut exprimer par cette formule scientifique : le maximum de défense sociale avec le minimum de souffrance individuelle. » Aussi la législation criminelle semble-t-elle tendre tous les jours à plus d'indulgence et à plus de douceur.

Nous venons de voir les raisons puissantes qui paraissent militer en faveur de cette méthode : pour arriver à intimider le condamné, il faut être cruel et les résultats demeurent, malgré tout, comme nous l'avons vu, plus qu'incertains. La peine criminelle agit surtout à titre d'épouvantail sur ceux qui ne la connaissent pas encore. Quant au criminel déjà condamné et qui l'a déjà subie, elle ne réussit pas beaucoup plus souvent à l'intimider qu'à l'amender.

Supposons cependant un instant qu'il en soit autrement et admettons avec nos adversaires que la sanction sociale, en intimidant et en moralisant le condamné, arrive véritablement à rétablir définitivement chez lui la prépondérance de l'amour du bien. Fermées sur les pires criminels, les prisons ne rendront à la société que des hommes honnêtes et vertueux et tout le monde

pourra répéter, en les accueillant, l'extraordinaire distique de Voltaire :

> Du devoir il est beau de ne jamais sortir,
> Mais plus beau d'y rentrer avec le repentir.

La question se déplace et on peut ainsi la préciser ; vous me condamnez à dix ans de prison et vous m'offrez, en échange, ma réformation morale. Ce faisant, m'êtes-vous utile ou non ? Me donnez-vous, oui ou non, le bonheur que vous m'avez promis ?

Oui, en vous punissant, nous vous sommes utiles, nous vous donnons des habitudes normales, nous vous rendons véritablement heureux, répondent les philosophes qui voient, dans la réformation morale du condamné, un des principaux fondements de la peine. Malheureusement ce n'est pas à eux que la question est posée. N'est-ce pas plutôt au délinquant, au véritable intéressé d'y répondre ?

Le plaisir et la douleur sont essentiellement subjectifs et personnels, celui qui les éprouve a été évidemment établi par la nature seul juge de leur intensité. Bentham avait bien inventé, pour les peser, une sorte de balance. Encore faudrait-il, pour utiliser son chimérique projet, que cette invraisemblable balance pût s'accommoder de

l'infinie variété des tempéraments et des caractères.

Comment quelqu'un pourrait-il se vanter de procurer définitivement à un autre homme le véritable bonheur, alors que l'humanité tout entière, attirée par l'insaisissable mirage de cette rive *plus lointaine* dont parle Virgile, *ripæ ulterioris amore*, se précipite indéfiniment vers un idéal de joie qu'elle ne peut ni atteindre ni préciser ? Comment, en présence de la multiplicité si diverse des âmes et des corps dont les facultés émotives, déjà différentes par leur nature, sont modifiées et diversifiées encore par l'influence de la santé, de l'éducation première, du milieu, de mille autres circonstances extérieures, pouvoir dire à quelqu'un, sans faire état des compensations de l'au-delà, promises par les religions : « En te punissant, en te rendant honnête, je te donnerai pendant ta vie le véritable bonheur ? »

Mais, pourrait répondre le criminel, de quel droit venez-vous m'imposer, au nom de la société, une conception du bonheur qui n'est pas la mienne ? En compensation de quelques années de prison cellulaire, vous prétendez faire régner en moi la prépondérance normale de l'amour du bien, votre désir vous honore, mais

que m'importe que la prépondance dont vous parlez soit normale ou non ? Mon intérêt, et je suis seul à le connaître, m'apparait, malgré toutes vos bonnes raisons, comme fort distinct de celui de la société.

Pourquoi voulez-vous ainsi brusquement changer la direction de ma vie ? Est-ce que je ne suis pas la voie normale, moi qui ne cherche ici-bas qu'une seule chose, la satisfaction de mes instincts et de mes désirs, comme tous les hommes, d'après-vous, le font et doivent le faire ? Est-ce bien mon bonheur réel dont vous vous préoccupez, en me punissant ? N'est-ce pas plutôt celui de la collectivité ? Pour que vous puissiez m'infliger la peine comme un remède, il faut d'abord que je sois malade, et, si vous voulez, malgré moi, m'imposer un traitement, c'est uniquement parce que je vous fais souffrir. « Quelle est ma maladie, s'écrie M. Guyau, si ce n'est la vôtre, si ce n'est celle de tous ces êtres dont vous m'entourez et qui, comme moi, restent éternellement impuissants à faire sortir de leur volonté la moindre parcelle de désintéressement véritable ? Le geôlier et le bourreau sont peut-être des médecins, mais ce sont ceux de la Société plutôt que ceux du criminel.

Quand même on admettrait d'ailleurs que la peine criminelle est vraiment un remède utile au condamné, il resterait encore à examiner si on a le droit de faire à quelqu'un du bien malgré lui, si l'intérêt de l'individu suffit à légitimer et à justifier une atteinte quelconque portée à sa liberté. Stuart-Mill lui-même, par moments, ne semble pas partager cette opinion : « le seul objet qui autorise les hommes individuellement ou collectivement à troubler la liberté d'autrui est la protection de soi-même. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. Elle n'en a pas une raison suffisante dans le bien de cet individu, soit physique, soit moral. »

Saint Jean-Chrysostome se montre, à ce sujet, beaucoup moins libéral que Stuart-Mill. D'après lui, « si une personne blessée voyant un excellent chirurgien qui vient à son secours pour l'opérer, lui demandait : Qui vous a établi médecin ? qui vous a dit d'appliquer le fer à mon corps ? le chirurgien aurait le droit de répondre : c'est mon art et votre maladie qui m'ont donné ce pouvoir! »

M. Proal, à qui nous empruntons cette citation, semble croire (*Le crime et la peine*, p. 475) que

Stuart-Mill et les utilitaristes partagent la même opinion. Ce serait peut-être plus logique, mais la phrase de Stuart-Mill, citée plus haut, montre que ce n'est pas absolumenl exact. D'aprés le philosophe anglais, l'intérêt de l'individu fait partie de celui de la Société, mais ne suffit pas à légitimer son intervention.

« Pour des actions estimées préjudiciables aux intérêts d'autrui, l'individu est responsable et peut être soumis aux punitions sociales ou légales si la société juge les unes ou les autres nécessaires pour se protéger. » (Stuart-Mill, *La Liberté*, p. 264).

Ainsi, les utilitaristes essaient en vain de déguiser le plus longtemps possible la réelle séparation qui existe entre le bien de l'individu et celui de la Société, mais ils se voient bientôt forcés de faire appel à l'intérêt général qui, comme dit Guyau, « est et sera toujours leur supréme ressource. »

L'existence seule de la peine semble d'ailleurs déjà nous faire présager son utilité sociale. Les hommes n'auraient probablement pas conservé pendant si longtemps une institution aussi douloureuse pour certains d'entre eux et aussi lourde pour tous, si elle n'offrait des avantages assez considérables pour compenser, et au-delà, les inconvénients.

La peine, en effet, nous apparaît tout d'abord, prise *in abstracto*, comme une perte d'énergie, un mal pour l'individu aussi bien que pour la collectivité.

Mais les effets du mal ne sont pas toujours un mal et, comme dit Bentham, « nous n'aurions jamais pu parvenir à subjuguer jusqu'à un certain point ce vaste empire du crime, si nous n'avions appris à nous servir de quelques maux pour en combattre d'autres. » C'est ainsi que, dans l'art de guérir une autre classe de maux, des poisons bien ménagés sont devenus des remèdes.

Cette utilité sociale de la peine n'apparaît cependant pas toujours aussi clairement, et, parfois, comme le fait voir Garofalo, « le désir d'extirper un individu inassimilable peut ne dériver apparemment d'aucune considération directe d'utilité.» Même s'ils n'étaient pas châtiés, certains criminels ne récidiveraient probablement pas. Il y a de fortes chances, par exemple, pour que, sa vendetta satisfaite, le bandit corse soit un très honnête citoyen. Il est probable qu'un homme qui presse la mort de son vieil oncle millionnaire, pour en hériter, ne tuera pas une seconde fois. On peut en dire autant de certains crimes passionnels et de certains infanticides.

Mais si, dans ces cas spéciaux, la peine n'empêche pas directement ceux qu'elle frappe de commettre de nouveaux crimes, elle garde cependant sa portée habituelle d'intimidation. Du reste, ces délinquants occasionnels sont pour la société une menace et un danger. Celle-ci a donc raison de se défendre, comme l'écrit Garofalo, dans sa criminologie, page 272 : « Un parricide qui ne peut pas être tel pour la deuxième fois, une mère infanticide qui n'a plus d'enfant à étouffer, un homme qui a tué son ennemi mortel et qui n'en a pas d'autres, sont nécessairement des êtres incompatibles avec la société parce qu'ils sont dénués d'un des sentiments fondamentaux de la moralité publique, celui de la pitié et parce qu'il a été prouvé qu'en l'absence de cette résistance morale, leurs impulsions criminelles n'en rencontrent pas d'autre. »

Il faut donc que la Société se substitue à la nature et que les criminels, quels qu'ils soient, la trouvent en face d'eux. Cette utilité sociale de la peine est d'ailleurs toute naturelle : celle-ci n'est-elle pas l'antidote, l'opposé, la négation du délit, et puisque celui-ci est essentiellement un acte nuisible à la Société, la peine ne doit-elle pas réaffirmer l'intérêt social que le délit a essayé

d'atteindre et de nier en le lésant plus ou moins violemment ?

Supposez, suivant la boutade d'Herbert Spencer, (Base de la morale évolutionniste, page 25) « qu'en vidant les poches d'un homme, on lui procure des émotions agréables, on aille au-devant de ses désirs, le vol serait-il au nombre des crimes, comme le veulent les lois et le Code pénal ? »

Quand même on se ferait du châtiment la même conception que les anciens Sémites et que les premiers législateurs des Indes, conception qui se rapproche de celle de Kant et de Leibnitz que nous étudierons par la suite sous le nom de théorie de la justice pure, on retrouverait encore, tout aussi palpable, l'utilité sociale de la peine ou tout au moins son efficacité spéciale. N'a-t-elle pas fatalement pour premier effet de restreindre la reproduction des actes qu'elle punit et n'est-elle pas ainsi, dans un certain sens, même pour les partisans de la doctrine de l'expiation, utile forcément et malgré tout à la société ?

Comme le disent les lois de Menou, dans une curieuse citation, d'après le chevalier William Jones, rapportée par Joseph de Maistre : « Brahma, au commencement des temps, créa, pour l'usage

des rois, le génie des peines, il lui donna un corps de pure lumière; ce génie est son fils; il est la justice même et le protecteur de toutes les choses créées. Par la crainte de ce génie, tous les êtres sensibles, mobiles ou immobiles, sont retenus dans l'usage de leurs jouissances naturelles, et ne s'écartent point de leur devoir... Le châtiment est un gouverneur actif, il est le véritable administrateur des affaires publiques, il est le dispensateur des lois, et les hommes sages l'appellent le *répondant* des quatre ordres de l'État, pour l'exact accomplissement de leurs devoirs. Qu'un monarque indolent cesse de punir et le plus fort finira par faire rôtir le plus faible... C'est la crainte des peines qui permet à l'univers de jouir du bonheur qui lui est destiné... »

Mais cette utilité sociale du châtiment, reconnue par tous les philosophes, peut revêtir les formes les plus diverses, elle est naturellement variable et essentiellement relative aux circonstances de temps et de lieu. Bien souvent elle se trouve faussée par des intérêts de caste ou de parti auxquels elle n'a pas plus de part que le doge à ce qui se fait à Venise. Il faut se garder en tout cas d'introduire une thèse absolue au milieu de notions contingentes. Si la loi de Sparte encou-

rageait le vol et défendait, au contraire, de manger des mets délicats, c'est sans doute qu'il semblait préférable aux Spartiates d'être d'habiles voleurs que des gastronomes raffinés. N'ayant pas sans doute les mêmes intérêts ni les mêmes goûts, les Athéniens eurent des lois différentes. S'il existait une société sans loi édictant des peines corporelles, cela ne prouverait nullement que la sanction sociale est inutile ou nuisible à telle ou telle autre nation.

Non, les intérêts varient avec les hommes et les époques; on ne peut, en pareille matière, donner une loi générale, car l'homme n'est pas une entité invariable. L'homme en soi, l'homme-type, défini par les manuels de philosophie, n'est qu'une pure abstraction. Il y a des hommes, des individus différents les uns des autres, des Français et des Hottentots, des Japonais et des Arabes, des hommes de tel ou tel pays, de telle ou telle époque, qui se ressemblent assez sans doute pour qu'on en puisse donner une définition commune, mais sont cependant très différents d'idées, de goûts, de sentiments et de mœurs.

Cette considération a son importance et si l'on prétend que la sanction sociale est utile à la société et aux progrès humains, ce ne peut être

qu'en sous-entendant le postulat suivant : la société progresse toujours, la peine étant une mesure de protection sociale est donc un moyen de progrès.

Mais, sans avoir à faire intervenir ici une affirmation aussi absolue, il nous semble indiscutable que la peine criminelle est certainement utile à la protection sociale. Le problème est donc de savoir si l'utilité sociale de la peine n'est qu'un avantage accessoire qui s'ajoute à sa véritable essence « comme à la jeunesse, sa fleur » ou si, au contraire, elle est l'unique et véritable fondement de la sanction pénale.

C'est ici que se trouve en quelque sorte le nœud de toutes les théories utilitaristes et le point capital qui les différencie des théories éclectiques que nous étudierons par la suite. Stuart-Mill, Bentham et tous les philosophes de leur école n'admettent pas que puisse intervenir une autre idée que celle de l'intérêt individuel ou social, compris sous une forme plus ou moins large. Ils ne se contentent pas d'avancer, avec Romagnosi, que si, « après le premier méfait, on avait la certitude morale qu'il ne pourrait en arriver un second, la Société n'aurait aucun droit de punir. » Non, ils affirment, faisant un pas de

plus, qu'il faut punir parce que et toutes les fois que c'est utile à la protection sociale.

C'est ainsi qu'après avoir qualifié Balthasar Gérard et Ravaillac de martyrs héroïques, Stuart-Mill nous apprend qu'il faut néanmoins les punir, si la Société juge leur châtiment nécessaire pour se protéger.

Et c'est ici que nous apparaît la double erreur de la thèse que nous combattons. Basée, en effet, en dernière analyse et uniquement sur la préservation sociale, la peine criminelle aura toujours un double défaut : elle ne sera pas toujours méritée, elle atteindra forcément des innocents qu'il faudra sacrifier dans l'intérêt de tous. De plus, même quand elle sera juste et méritée, elle n'apparaîtra pas comme telle au criminel et perdra ainsi une part de son efficacité.

Elle ne sera pas toujours méritée, car si l'on admet qu'une communauté a le droit d'user de la force contre un de ses membres, quand elle veut l'empêcher de nuire aux autres, on arrivera forcément à des abus.

Pour nuire au groupe social, il n'est nullement nécessaire de voler ou d'assassiner, l'existence seule peut suffire.

L'entretien d'un fou dangereux, qui, dans une

crise de folie, par exemple, a commis un crime épouvantable, est indiscutablement une charge sociale et il est certain qu'en punissant de mort cet insensé, on obtiendrait en même temps ce double et désirable résultat, de supprimer une cause de dépense pour la collectivité et d'intimider ceux qui seraient tentés de l'imiter.

Comment ne pas admettre, en effet, que si la peine infligée à un être responsable a une portée réelle d'intimidation, cette portée n'est pas encore plus grande quand le châtiment atteint un insensé ? La sanction sociale, appliquée aux fous criminels, ferait craindre *a fortiori* aux hommes sains d'esprit, que, le cas échéant, on leur appliquât une pénalité plus sévère encore, puisqu'elle serait, dans leur cas, réellement méritée. Ainsi, le châtiment des irresponsables serait particulièrement utile à la préservation sociale et il ne s'agit plus de savoir si tel individu est coupable ou non, mais il faut seulement considérer l'utilité du plus grand nombre.

Sans doute, les criminalistes de l'école de Stuart-Mill auraient reculé devant ces conséquences, mais cependant elles découlent logiquement de leur principe qui reste, au fond, celui de Machiavel : La fin justifie les moyens.

L'unique souci de l'intérêt du plus grand nombre peut conduire, surtout en matière pénale, à des mesures arbitraires et excessives. Il peut amener le législateur à fausser l'esprit public et la moralité populaire, en qualifiant de délits, pour les besoins d'un parti ou les nécessités du moment, des faits qui ne sont nullement répréhensibles et punissables.

L'utilité générale ne peut suffire davantage à justifier certaines détentions arbitraires ou certaines mesures d'instruction criminelle, à peine modifiées par des lois récentes et aussi draconiennes que peu conformes aux principes de la la liberté individuelle. Le souci de l'intérêt public ne peut pas plus légitimer une atteinte quelconque portée aux droits de l'individu que le désir de faire une charité avec le produit d'un vol ne peut un seul instant justifier celui-ci.

En admettant même, d'ailleurs, que la peine soit toujours, en fait, bien que fondée uniquement sur l'utilité sociale, méritée par ceux qu'elle frappe, elle ne pourra pas leur apparaître comme juste et légitime, elle ne sera jamais que le triomphe de l'intérêt collectif sur l'intérêt particulier, et, même après sa condamnation, le coupable restera en face de la société comme une force en

face d'une autre force. Ainsi la sanction pénale perdra une grande partie de sa portée et de son heureuse influence sur la moralité populaire.

Stuart-Mill voit l'objection et, avec tous les criminalistes qui ont adopté ses théories, il essaie d'y répondre de la façon suivante : « On dit que le nécessitaire doit sentir de l'injustice aux punitions qu'on lui inflige pour ses mauvaises actions ; cela nous paraît une chimère, ce serait vrai s'il ne pouvait pas s'empêcher d'agir comme il l'a fait, c'est-à-dire si l'action qu'il a faite ne dépendait pas de sa volonté.

« N'y a-t-il pas de justice à punir si la crainte du châtiment rend l'homme capable de ne pas commettre le crime et si c'est le seul moyen de lui en donner le pouvoir ? »

Ainsi les utilitaristes prétendent, en somme, que, puisque la peine intimide le criminel et l'empêche de recommencer, elle est, par là même, juste et légitime. Leur raisonnement, il faut en convenir, semble aussi impossible à admettre que difficile à saisir. On ne voit pas bien, en effet, comment, de ce fait qu'une douleur infligée comme punition empêche la reproduction d'un acte dans l'avenir, on peut conclure que cette douleur a été vraiment méritée par l'auteur de

l'action incriminée. Si le fabuliste a pu dire ironiquement que la raison du plus fort était toujours la meilleure, c'est sans doute à la suite d'un raisonnement de ce genre. Dire, en effet : la peine empêche le crime, donc elle est juste, cela revient à affirmer : je suis le plus fort et je puis vous empêcher de faire ce qui vous plaît, j'en ai donc le droit et j'ai raîson d'agir ainsi. Pour pouvoir accepter la thèse de Stuart-Mill : la peine restreint la reproduction du délit, donc elle est juste, il faut d'abord sous-entendre qu'il est juste de restreindre la reproduction de crime, et c'est là ce qu'il fallait démontrer.

Aussi notre écrivain est-il peu après obligé d'avouer qu' « on doit se sentir irresponsable envers la société. lorsqu'on subit l'empire d'un motif si violent qu'aucune crainte du châtiment ne peut avoir d'effet. »

La meilleure preuve que la crainte du châtiment n'a pu avoir d'effet est dans le crime commis: suffira-t-il donc de ne plus craindre le châtiment pour ne plus y être exposé?... A quoi bon tous ces subterfuges? L'homme, d'après les utilitaristes, est déterminé par des motifs, parmi lesquels figure la crainte de la sanction sociale; si celle-ci ne l'emporte pas sur

tous les autres motifs qui peuvent le pousser au crime, le délinquant ne saurait, en aucun cas, en être rendu responsable... C'est un vaincu, ce n'est pas un criminel. Il a été le plus faible dans sa lutte contre la société, voilà tout ce qu'on a à lui reprocher! Il n'a aucune raison morale de se soumettre, sa faiblesse n'a rien d'infâme, il n'a pas à se repentir, car il peut espérer être une autre fois plus chanceux, plus habile ou plus fort.

En lui apparaissant comme un abus de pouvoir, la peine perd une partie de sa portée. Ce qui ferait la vraie efficacité de la sanction légale, ce serait sa légitimité reconnue par celui même qui en est l'objet. Tel est l'idéal, sinon la réalité et l'Ecole anglaise a tort de soutenir que la sanction, proposée par elle, se rapproche de cet idéal, auquel doivent tendre toutes les législations.

De plus, puisque les utilitaristes ne craignent pas d'affirmer que l'utilité sociale est le seul et unique fondement de la peine criminelle, on peut leur demander d'où vient que le sentiment public lui attribue une toute autre base. On dit plutôt, en effet, d'un châtiment qu'il est juste ou injuste qu'on ne dit qu'il est utile ou nuisible. Comment expliquer cette croyance populaire à

la justice de la peine? Comme le reconnaît Stuart Mill, et c'est d'ailleurs l'évidence, ce sentiment subjectif et mental de la justice est différent de celui qui s'attache d'ordinaire au simple expédient, ses exigences sont beaucoup plus impérieuses.... On voit donc difficilement, dans la justice, une espèce particulière, une branche de l'utilité générale et on pense que, possédant une force obligatoire supérieure, elle suppose une origine entièrement différente. »

Stuart-Mill a bien compris toute la portée de l'objection : si la peine criminelle est simplement une mesure de protection, comment expliquer que tout le monde la considère comme juste?

Voici l'ingénieuse explication de notre philosophe : « le sentiment de la justice me semble être le désir animal de rendre un mal reçu par soi-même ou par ses amis, désir étendu par la faculté qu'a l'homme d'élargir ses sentiments sympathiques par la conception humaine d'un égoïsme intelligent jusqu'à comprendre toutes les créatures..... »

Ainsi donc, le désir de punir dans lequel se résoudrait le sentiment de la justice se décomposerait lui-même, d'après Stuart-Mill, en deux éléments simples, le mouvement de défense personnelle et le sentiment de la sympathie.

Si cette analyse psychologique suffit à nous faire voir combien le désir de punir est naturel à l homme, elle ne nous explique nullement pourquoi nous trouvons ce désir légitime et juste. Entre un individu qui se défend ou se venge et un magistrat qui juge et condamne, il y a une différence essentielle que les subtilités des partisans de la doctrine de l'intérêt social ne pourront jamais expliquer. Diront-ils que le premier ne voit que son propre bien, tandis que le second considère celui de la Société? Mais entre le soldat qui tue un ennemi sur le champ de bataille et le juge qui envoie un assassin à la mort, n'y a-t-il pas toujours cette même différence? Tous deux cependant n'ont en vue que le bien social, tout deux font une action ordonnée par la loi, tous deux enlèvent la vie à un de leurs semblables, et le sentiment que nous inspirent le juge et le soldat n'est cependant pas identique : nous déplorons la mort d'un ennemi sacrifié à l'intérêt national, la guerre nous apparaît comme une nécessité cruelle.... Nous pouvons pareillement avoir pitié du condamné qui a mérité la mort, mais son exécution nous paraît, avant tout, juste et méritée.

Le criminel, lui-même, quelque aveuglé qu'il

puisse être par son intérêt personnel et ses mauvais instincts, en arrive souvent, dans un moment de franchise, d'expansion ou d'abattement, à reconnaître la justice de la peine et à s'écrier : j'ai mérité ce qui m'arrive! Pourra-t-on dire que c'est « le sentiment naturel de la vengeance, rendu moral par une alliance avec le désir du bien social » qui le force à parler ainsi? Serait-il naturel qu'il voulût se venger de lui-même et désirât le bien de cette Société qui l'a condamné et emprisonné?

S'il reconnaît, malgré tout, la légitimité du châtiment qui le frappe, c'est donc bien que le sentiment de la justice n'a sa source ni dans l'intérêt personnel ni dans l'utilité sociale.

Ainsi, la criminologie de Stuart-Mill, pas plus que celle de tous ceux qui voient, dans l'intérêt de l'individu ou celui de la Société, plus ou moins largement entendu, la base et l'unique fondement du droit de punir, ne peut résister à l'analyse psychologique du sentiment de la justice, et cette insuffisance théorique du système utilitariste n'est, comme nous l'avons vu, que le corollaire des inconvénients que son application pourrait présenter dans la pratique par ses conséquences.

Est-ce donc dans la loi morale et le sentiment de la justice, limité ou non par le principe de l'utilité sociale, qu'il faudra trouver le véritable fondement du droit de punir? Certains philosophes l'ont cru et c'est ce que nous allons essayer de voir dans un second chapitre.

CHAPITRE II

ÉTUDE DES PRINCIPALES THÉORIES DU DROIT DE PUNIR

« Ce n'est pas en vain que le Prince porte l'épée, car il est le ministre de Dieu pour exécuter sa vengeance en punissant celui qui fait de mauvaises actions. » Cette phrase célèbre et si souvent citée de saint Paul (*Epitre aux Romains,* chapitre 13, verset 4), pourrait servir d'épigraphe à cette seconde partie de notre étude.

Elle n'est pas nouvelle, en effet, en matière pénale, la théorie de la justice pure.

Déjà, certains auteurs anciens, comme Platon et Aristote, semblent parfois deviner cette doctrine à laquelle, après saint Paul, les Pères de l'Église viendront donner des développements plus ou moins philosophiques.

A leur suite, dans leurs dissertations d'écoles, les auteurs de droit canon de notre moyen âge se laisseront volontiers bercer par le même idéal et trouveront à notre question : pourquoi punir ?

cette réponse brève et lapidaire : *quia peccatum*, parce qu'il y a faute morale.

Leibnitz, le philosophe universel et plus près de nous, Joseph de Maistre, ont partagé les mêmes idées. Les pages si originales de ce dernier, sur la chute et l'expiation, le droit divin des rois, la résignation complète et religieuse des peuples, le rôle social du bourreau, mériteraient une étude approfondie : nous ne leur emprunterons que quelques phrases détachées où se dégage, plus nette et plus tranchante encore, la pensée de ce philosophe :

« Il y a donc, dans le cercle temporel, une loi divine et visible pour la punition du crime et cette loi aussi stable que la société qu'elle fait subsister est exécutée invariablement depuis l'origine des choses... Le ciel ne peut être apaisé que par le sang, son effusion est expiatrice... Le bourreau est la pierre angulaire de la société... l'exécuteur de l'expiation divine, celui qui nous renvoie à notre juge naturel... sa mission est sacrée... Dieu ayant voulu faire gouverner les hommes par les hommes, du moins extérieurement, a remis aux souverains l'éminente prérogative de la punition des crimes et c'est en cela surtout qu'ils sont ses représentants... »

Bien que, considérant l'homme comme une fin en soi, au lieu de ne voir en lui, comme Joseph de Maistre, que l'instrument de la Providence, Kant, dans ses *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit,* ne semble pas éloigné de partager, en matière pénale, certaines des idées de l'auteur des soirées de Saint-Pétersbourg.

Nulle part, en tout cas, et c'est ce qui nous importe, la théorie de la justice pure n'est exprimée avec plus de force et de grandeur que dans les écrits du philosophe de Kœnigsberg où nous allons essayer de l'analyser.

« La peine juridique ne peut jamais être décrétée simplement comme le moyen d'arriver à un bien, soit au profit du criminel lui-même, soit au profit de la société civile ; on ne doit jamais la lui appliquer que parce qu'il s'est rendu coupable... C'est que l'homme ne doit jamais être traité comme un pur moyen au service des fins d'autrui et confondu avec les objets du droit réel ; sa personnalité naturelle l'en garantit quoiqu'il puisse être condamné à perdre sa personnalité civile... Il faut le trouver digne de punition avant de songer à tirer, en outre, de cette punition, quelque utilité pour lui-même et ses conci-

toyens.., La loi pénale est un « impératif catégorique » et malheur à celui qui se glisse dans les sentiers tortueux de la doctrine du bonheur pour y trouver quelque avantage dont l'espérance dissipe à ses yeux l'idée de punition ou seulement l'atténue et qui adopte cette sentence pharisienne: « Mieux vaut la mort d'un homme que la ruine de tout un peuple, car quand la justice disparaît, il n'y a plus rien qui puisse donner une valeur à la vie des hommes sur la terre. »

Admirable langage certes ! Le malheur, c'est que de pareils principes sont inapplicables à l'humanité. Cependant Kant essaie d'indiquer quelles mesures la justice publique doit suivre pour déterminer l'espèce et le degré du châtiment et il arrive à la loi du talion : « Il n'y a que la loi du talion bien comprise qui, à la barre du tribunal, puisse déterminer la quantité et la qualité de la punition. » Et, plus loin, Kant va jusqu'à la dernière conséquence de son principe et proclame qu'elle doit être appliquée toujours, même si elle est complètement inutile : « Je dis plus : même si la société civile se dissolvait du consentement de tous ses membres ; si, par exemple, un peuple, habitant un île, se décidait

à se séparer et à se disperser dans un autre monde, le dernier meurtrier qui se trouverait en prison devrait d'abord être exécuté, afin que chacun portât la peine de sa conduite et que le sang versé ne retombât point sur le peuple qui n'aurait pas réclamé cette punition, car il pourrait être considéré alors comme complice de cette violation publique de la justice. »

Telle est, dans son ensemble, la théorie de Kant. Le moins qu'on en puisse dire, c'est qu'elle repose sur une erreur psychologique évidente et est d'une application pratique dangereuse et, d'ailleurs, heureusement impossible.

On ne voit pas bien tout d'abord pourquoi et comment la douleur sociale, causée par le délit, serait et devrait être moralement compensée et neutralisée par une douleur infligée au délinquant et dans quel but on veut réaliser une symétrie aussi rigoureuse qu'inutile. A quoi servirait le mal sensible que vous voulez ajouter en quantité égale au mal moral ? En quoi l'ordre moral sera-t-il rétabli parce que, selon le mot de Fouillée, « vous aurez crevé un second œil sans guérir le premier ? » Pourquoi l'être mauvais devrait-il être malheureux ? En quoi serait-il

moral que la souffrance fût son lot ? La douleur ne peut être un fin en soi, c'est un simple moyen qui ne vaut que par le bien qui peut en résulter.

Dira-t-on que la peine criminelle, faisant naître le remords et le repentir, provoque l'expiation morale ? Cela semble être parfois l'idée de Platon, de Leibnitz, de de Maistre et de beaucoup de philosophes spiritualistes, mais le caractère essentiel du repentir, c'est de ne pouvoir être infusé du dehors, d'être spontané et de jaillir du fond même de l'être. Et l'on pourrait tout aussi bien soutenir, comme de nombreux romanciers l'ont fait, que c'est au sein des plaisirs que le criminel ressent plus vivement les atteintes du remords et a un plus profond regret de son crime. Essayer de provoquer ce regret par une souffrance extérieure est une entreprise chimérique. La faculté du remords et du repentir est, du reste, à peu près nulle chez le criminel endurci. Et si cette douleur physique qu'on veut lui infliger n'est pas nécessaire pour défendre son bonheur à venir ou celui de la société, on ne voit pas pourquoi l'homme aurait le droit de dire : la laideur morale doit souffrir et la douleur de la peine doit être proportionnée à la faute commise !

D'après Kant, en effet, la mesure de la peine doit être exactement celle que réclame la justice absolue, car plus, ce ne serait pas juste, moins, ce ne le serait pas non plus !

Terrible équation, dit Fouillée, qu'il s'agit de réaliser à tout prix! Sera-ce possible? M. Ortolan (page 93 de son droit pénal) nous répond : « La mission de la justice absolue donnée à la justice humaine, soit quant aux actes à punir, soit quant à la mesure des peines, n'est rien moins qu'une impossibilité pour cette justice, parce que cette mission n'est pas de ce monde, elle est au-dessus de l'humanité! »

En effet, sans parler de la loi du talion qu'il semble bien difficile d'appliquer au viol, à l'excitation des mineurs à la débauche, à l'avortement, etc., il est certain qu'en fait, la peine criminelle n'est pas toujours juste, qu'elle ne peut pas l'être, qu'elle ne doit pas l'être. . .

Elle ne l'est pas, car elle s'applique non pas aux intentions, mais aux actes, alors que la justice pure ne devrait atteindre que les premières. Dans la théorie de l'expiation, on ne devrait punir que s'il y a délibération de conscience imprimant à l'acte l'empreinte d'une volonté perverse et la

punition devrait être proportionnelle à la perversité de cette volonté. En fait, il n'en est pas ainsi : les peines dépendent de considérations diverses et contradictoires entre lesquelles on tient surtout compte de la facilité qu'il y a à commettre certains délits, du trouble social qu'ils apportent et de la contagion de l'exemple, toutes considérations bien éloignées des principes de la morale proprement dite.

La loi pénale ne fait pas varier l'échelle des peines suivant que, dans l'action commise, entre plus ou moins de mal moral absolu; elle agit, au contraire, dans un but de conservation sociale, elle tient compte de l'influence des tentations présentes, elle veut intimider plutôt que punir.

Le vol domestique sera réprimé plus durement à cause de sa facilité plus grande; le faux et le vol de grands chemins seront punis de peines plus fortes parce qu'ils sèment dans la société un trouble et une inquiétude dont il faut s'affranchir.

Comment concilierait-on d'ailleurs cette idée de justice pure avec le châtiment des crimes prescrits par un fanatisme plus ou moins aveugle? Comment punir l'anarchiste ou le croyant qui se sacrifie à ce qu'il considère comme un devoir

supérieur et sacré? Dira-t-on qu'ils sont tout au moins responsables de la perversion de leur intelligence ou de leur conscience qui les a conduits au crime? Mais cette responsabilité sera singulièrement douteuse, obscure et atténuée. En fait, l'opposition entre la peine criminelle et l'idée de châtiment moral est absolument flagrante; la morale incrimine l'intention, la société punit l'acte extérieur.

Et d'ailleurs, peut-il en être autrement? Quel juge se flattera de pouvoir apprécier la valeur morale du délinquant? Où trouvera-t-il un scalpel assez délicat pour scruter l'intimité de l'âme et le secret de la volonté? Il y a des actes qui, considérés dans la pensée de leur auteur et pris en eux-mêmes, n'outragent pas la loi morale et qui cependant, à raison de leur péril pour la Société, doivent être défendus ou réprimés, s'ils sont accomplis par des agents libres, c'est-à-dire responsables. On peut citer, dans cet ordre d'idées, presque tous les délits contraventionnels de pêche, de chasse, de voirie, etc., la plupart des délits de presse et des délits politiques, les actes contraires aux diverses lois sur les réunions, les associations, etc.

En admettant, d'ailleurs, que la peine atteigne toujours de véritables fautes morales, comment déterminer, dans la criminalité de l'agent, la part de l'influence du milieu, de l'éducation, du tempérament, des circonstances extérieures et celle de sa volonté libre? La responsabilité morale du criminel qui a grandi dans le crime et n'a jamais appris de ses parents et de ses amis autre chose qu'à le commettre aussi adroitement que possible, semble fortement diminuée. Devra-t-il rencontrer d'autant plus d'indulgence qu'il est plus dangereux?

Comment la peine pourrait-elle être strictement juste? Il peut y avoir une faute morale plus grande dans un délit puni de peines correctionnelles que dans un crime puni des travaux forcés. La culpabilité morale ne peut-elle pas être plus grave dans certaines escroqueries, habilement perpétrées, que dans un vol qualifié puni de peines beaucoup plus dures, malgré que la nécessité, le dénuement, de mauvais conseils puissent, dans ce cas, atténuer parfois, dans une certaine mesure, la criminalité de l'agent? Le reconnaître, c'est arriver à cette conclusion que la peine, même appliquée par le plus habile des tribunaux,

ne peut pas être le châtiment mérité et proportionné d'une faute morale.

Et d'ailleurs si cette assimilation entre la justice sociale et la justice purement morale pouvait se justifier, on ne voit pas pourquoi la société punirait certaines fautes et en laisserait d'autres impunies. Il est certainement plus mauvais de la part d'un homme très riche de laisser volontairement mourir de faim un vieil ami qui lui a rendu autrefois service et se trouve à bout de ressources que, pour celui-ci, de voler un pain à l'étalage d'un boulanger. Comment la Société peut-elle accomplir les devoirs de justice rigoureuse qui lui sont imposés, si elle inflige un châtiment au second et non pas au premier?

Ainsi la théorie de Kant, poussée jusqu'à l'extrême limite de ses conséquences, aboutirait logiquement à la punition de toutes les fautes morales, même au prix de la suppression à peu près absolue de la liberté individuelle. Le progrès de la civilisation consisterait-il à étendre ainsi presque sans limite l'autorité de la loi sur tous les membres du groupement et à faire peu à peu de la sanction sociale l'instrument fatal de leur perfectionnement moral?

Nous ne le croyons pas, car, outre que la crainte du châtiment enlèverait toute valeur aux actions humaines, le législateur qui aurait de telles prétentions, risquerait de se heurter à l'impossibilité d'appliquer des prescriptions aussi monstrueusement opposées aux droits imprescriptibles de l'individu.

Et si on admet que le progrès consiste à étendre toujours sans frein ni limite l'autorité de la loi, il arrivera cependant qu'à l'opposé, par une bizarre contradiction, alors que toutes les fautes morales devront être atteintes par la sanction sociale, certains actes, quel que soit le trouble social qu'ils occasionnent, certains crimes, certains délits devront rester forcément et nécessairement impunis. En effet, s'il est indispensable qu'une action soit « mauvaise en soi pour être punie » (Lerminier, *Philosophie du droit*, page 106, 3e édition) comment, ainsi que nous l'avons vu, pourra-t-on punir les contraventions et, parmi les crimes et les délits, tous ceux commis sans dessein arrêté de violer la loi morale ? Comment punira-t-on Balthasar Gérard, Ravaillac, Caserio, si ces fanatiques ou ces anarchistes croient avoir raison d'assassiner, s'ils

n'ont pas péché en leur cœur, s'ils n'ont pas d'intention mauvaise ?

Ainsi d'une part, appliqué jusqu'au bout de ses conséquences, le principe de Leibnitz, de Joseph de Maistre et de Kant aboutit logiquement à supprimer la liberté individuelle par la punition de toutes les fautes morales et, d'autre part, à permettre les pires délits, les crimes les plus monstrueux sous la sauvegarde de la bonne intention. Donc, bien moins encore que l'idée d'utilité sociale, celle de justice morale paraît-elle pouvoir fournir une base unique au droit de punir.

La plupart des auteurs ont d'ailleurs bien compris le vice opposé de ces deux doctrines, mais, au lieu de les abandonner, ils ont essayé de les réunir et leur amour de la symétrie les a poussés à les limiter l'une par l'autre et à tenter, en combinant la doctrine de Kant avec celle de Stuart-Mill, de faire de leurs erreurs une vérité. C'est le système de MM. de Broglie, Guizot, Rossi, de Rémusat, Boitard, Chauveau, Ortolan, Garraut, etc., etc.

Les uns, avec Chauveau, basent la peine criminelle sur l'utilité sociale et lui donnent comme

condition d'exercice et comme limite, la justice morale. Les autres, avec M. Garraut, fondent la sanction sociale sur le principe de l'expiation et lui donnent pour régulateur l'utilité du plus grand nombre.

Chauveau et Faustin-Hélie écrivent, en effet (6e édition, page 16) : « La justice pénale admet la loi morale comme un élément indispensable, mais non comme la source dont elle émane. Elle y voit une condition, une limite de ses incriminations, de sa pénalité, mais non leur principe ; elle n'a pas, en effet, la mission de donner une sanction à cette loi divine et d'en faire aboutir les préceptes. »

Grotius est d'un avis tout à fait différent sur le principe, mais il arrive à la même conclusion : « Dans toute punition, on a égard à deux choses, à la raison pourquoi on punit et au but que l'on se propose en punissant. La raison pourquoi on punit, c'est que le coupable le mérite ; le but que l'on se propose en punissant, c'est l'utilité qui peut revenir de la punition. »

M. Garraut émet une opinion analogue (page 45, édition de 1888) : « Tant que l'on considère *in abstracto*, le droit de punir, son fondement uni-

que est la justice absolue; mais quand on le considère comme un acte social, son fondement est le droit pour la société de conserver l'harmonie des rapports sociaux..... La pénalité doit être renfermée dans ces deux limites : la justice et l'utilité. Pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile, telle doit être la formule de tout système pénal. »

M. Ortolan semble, lui aussi, tenir la balance à peu près égale entre le principe de Kant et celui de Stuart-Mill, et, dans ses éléments du droit pénal (page 94), il essaie de trouver la formule définitive de la théorie éclectique. « A cette question : que doit-on punir? la théorie véritable de la pénalité répond : tout acte contraire à la notion du juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-être de la société de réprimer. Les deux conditions sont indispensables. Fût-il contraire à l'intérêt social, si l'acte n'est pas injuste, la société n'a pas le droit de punir; fût-il contraire à la notion abstraite du juste, si l'intérêt social n'y est pas engagé, la société n'a pas à se mêler du châtiment....

« Le pouvoir (page 95) ne peut jamais punir un délit plus que ne le comporte la justice :

vainement une quantité plus forte de peine semblerait-elle nécessaire pour la conservation sociale, la société n'a pas le droit d'essayer de se conserver au préjudice du droit d'autrui. Le pouvoir social ne peut pas non plus punir plus que ne l'exigent les nécessités de la conservation ou du bien-être social : Vainement la justice absolue demanderait-elle une peine plus forte, la Société n'a plus le droit de se mêler du châtiment du moment que son intérêt de conservation ou de bien-être cesse d'être engagé. Ainsi la pénalité a deux limites, le juste et l'utile. A la moins élevée de ces deux limites, le droit de punir pour la société s'arrête : Ce n'est pas une équation, mais une approximation. »

Nous le voyons donc, toutes les théories éclectiques, dégagées de la phraséologie particulière à chaque écrivain, se réduisent aux trois propositions suivantes :

1° Le pouvoir social n'a pas le droit de punir toutes les fautes morales ;

2° Il ne peut punir que quand il y a faute morale et pas plus qu'il n'est moralement juste que cette faute soit punie ;

3° Il ne peut punir une faute morale qu'autant qu'elle lèse les intérêts de la société et pas plus qu'il n'est utile de la punir.

La première de ces propositions est indiscutable et nous l'avons bien vu en étudiant le système de Kant.

La troisième se rapproche beaucoup de la vérité : dans quelles limites ? La critique que nous avons faite du système de Stuart-Mill nous l'a montré et nous préciserons notre pensée sur ce point dans un dernier chapitre.

La seconde est absolument inexacte. La société punit et doit punir dans des cas où il n'y a pas faute morale, au sens strict du mot. Nous l'avons démontré en combattant la théorie de Kant, et cela simplifiera forcément la discussion.

Pour qu'il y ait faute, il faut, en effet, qu'il y ait mauvaise intention, que le criminel ait voulu dans son cœur violer la loi morale ; sinon quelle que soit la nature de l'acte, il ne sera pas mauvais en soi et cependant bien souvent la société pourra et devra intervenir.

M. Rossi a vu l'objection et il essaie très habilement de la réfuter : « L'homme, dit-il (page 268: *Traité du droit pénal*, tome I, édition Barbezat,

Genève), est un être sociable. La Société est pour lui un devoir moral et l'ordre est nécessaire au but de la société. L'homme qui essaie d'arrêter ou de troubler l'ordre social est donc *injuste essentiellement* envers ses semblables. Il existe donc pour l'homme une source de responsabilités particulières à sa nature dans ce sens qu'elle serait pratiquement étrangère à l'être intelligent et libre qui serait destiné à une existence isolée. »

Ainsi, d'après M. Rossi, l'homme a des devoirs sociaux, et, en commettant un crime, un délit ou même une contravention, il viole un de ses devoirs sociaux, il se rend donc coupable d'une faute morale et mérite un châtiment.

Le raisonnement est subtil et vaut de retenir l'attention, mais sa portée n'est pas complète. En effet, si le délinquant croyait avoir le droit de violer ce devoir social, si son intention était bonne, il n'a pas commis de faute morale. S'il n'avait pas la compréhension exacte des obligations que lui impose la vie groupée, si son esprit se refusait à admettre la théorie de M. Rossi, s'il pensait que la vie en société ne pouvait ajouter d'autres devoirs à ceux que lui impose la loi

morale, de quel droit pourra-t-on le punir, puisqu'il n'a voulu ni cru commettre aucune faute ?

La collectivité devra-t-elle donc rester désarmée ? Une fois de plus, la distinction entre l'acte nuisible et l'intention qui peut rester bonne se présente donc encore comme la pierre d'achoppement de la théorie éclectique.

Et d'ailleurs, même dans les cas où il y a vraiment faute morale, le criminel peut avoir trouvé son châtiment en totalité ou en partie, soit dans les remords de sa conscience, soit dans une circonstance purement extérieure et accidentelle. De quel droit le punirez-vous une seconde fois ?

Il faudrait, pour pouvoir trouver à la théorie de Rossi un terrain d'application logique, que le pouvoir judiciaire pût apprécier si, au hasard de sa vie aventureuse, le coupable n'a pas déjà expié son crime. Un assassin, qui a vu mourir son enfant, peut avoir subi, dans son cœur de père, le seul châtiment qu'il redoutait et le repentir l'a peut-être régénéré.

Si le pouvoir n'a le droit de punir qu'autant qu'il reste une faute morale à expier, qui lui garantit que l'homme qu'il veut frapper n'a pas

payé sa dette et n'est pas pur aujourd'hui devant sa conscience et, par conséquent, devant la loi pénale ? Comme le dit M. Faustin-Hélie, dans son introduction à la deuxième édition du Droit pénal de M. Rossi, « le juge d'ici-bas est-il certain lui-même qu'au moment où il inflige la peine, la faute n'est pas déjà moralement expiée ? Comment s'y prendrait-il pour s'assurer de cette expiation anticipée et pour en tenir compte dans la mesure de la peine juridique ? »

Comment le juge pourrait-il apprécier les intentions véritables du délinquant, lui qui peut à peine les entrevoir à travers les obscurités déformatrices de l'acte et le prisme plus ou moins trompeur de sa propre ignorance ? Si l'on appliquait à la lettre les théories de Rossi, il suffirait que le criminel, pour ne plus mériter la peine, fût assez profondément perverti pour croire bien agir en commettant le vol et l'assassinat. La société demeurerait impuissante devant les fanatiques et les exaltés dans la mesure de leur exaltation aggressive et la sanction sociale deviendrait une chimère !

Non, il faut le reconnaître hautement, la société peut punir sans qu'il y ait faute morale propre-

ment dite et sans qu'elle ait à graduer sa pénalité suivant l'intention de l'agent qui, seule, donne à l'acte punissable sa véritable valeur.

Comme le dit M. Blondel (*L'Action*, page 271), « la culpabilité n'apparaît que comme une fonction du danger social, les circonstances atténuantes, aggravantes, ou absolutoires ne peuvent être estimées qu'au point de vue de la protection commune et, au lieu de se préoccuper d'une justice absolue, d'une liberté idéale et d'une responsabilité parfaite, l'on a seulement à déterminer dans quelle mesure l'action incriminée procédant d'une volonté réfléchie et tenant par là à ce qui fait le lien des volontés, prend un caractère dangereux, imitable, dissolvant pour la vie collective ».

Il nous semble donc établi, d'une part, que des actes qui, sans être des fautes morales, lèsent les intérêts de la nation, peuvent être punis par le pouvoir social et que, d'autre part, celui-ci, comme nous l'avons vu, en discutant les théories utilitaristes, doit trouver devant lui une autre limite que l'intérêt du plus grand nombre. Il s'agit de découvrir cette limite et c'est seulement lorsque nous y serons arrivés que nous pourrons

expliquer l'existence du sentiment subjectif de la justice et rendre par conséquent le châtiment complètement efficace en le justifiant dans l'esprit même de celui qu'il atteint.

Cette limite et cette justification ne peuvent se trouver, ainsi que le veulent les éclectiques, ni dans l'utilité sociale proprement dite, ni dans la justice pure. Elles n'en existent pas moins : certains auteurs ont cru les distinguer dans des principes plus ou moins voisins de ceux que nous venons d'étudier. Nous allons rechercher brièvement s'ils ont eu raison.

Les théories de la vengeance proprement dite et de la vengeance épurée sont de très proches parentes de la théorie de Stuart-Mill.

La première justifie le droit de punir par l'instinct et n'a plus guère qu'un intérêt historique.

La seconde prétend que c'est l'épuration de cet instinct primitif de vengeance, combiné avec l'intérêt social, qui fournit cette justification. Elle ne paraît pas se différencier beaucoup des théories utilitaristes et mériter une étude approfondie, car il faudrait, pour pouvoir justifier le droit de punir par l'instinct de vengeance, épurée ou non, établir d'abord que cet instinct est non seulement naturel, mais surtout légitime.

Si, à la rigueur, des théories de cette nature peuvent expliquer la peine criminelle, elles ne peuvent pas sérieusement tenter de la justifier.

Assez différente des précédentes, la théorie de la réparation semble contenir quelque chose de vrai. Il est certain, en effet, que le délit qui cause un préjudice à autrui est une cause d'obligation pour le délinquant à l'égard de l'individu lésé, mais c'est confondre la responsabilité civile et la responsabilité criminelle que de vouloir borner la peine à être la simple réparation du dommage causé.

Ce système, malgré tout le talent de Littré et de Spencer qui le soutiennent, ne peut expliquer ni justifier les peines qui ne rapportent rien à personne et ne sont que des douleurs infligées pour intimider ceux qui seraient portés à imiter le délinquant .. Admettre la théorie de la réparation, ce serait bouleverser complètement notre système pénal et vouloir revenir en arrière, aux temps anciens où s'évaluait, suivant sa caste, le prix d'un homme tué ou blessé.

Dira-t-on avec Romagnosi et bien d'autres que, dans les limites de la justice, la peine est une simple mesure de conservation ou de légitime

défense sociale; c'est suivant qu'on admet ou non l'idée de justice, se rapprocher des utilitaristes ou des éclectiques. Après la consommation du délit, il ne peut plus, d'ailleurs, s'agir de légitime défense, c'est de vengeance, de justice, de réparation ou d'utilité sociale qu'il faut parler.

Les philosophes positivistes, notamment Charles Comte (*Traité de législation*, page 158), et Rauter, dans l'introduction philosophique de son Traité du droit pénal, ont repris, sous le nom de système de la défense indirecte ou préventive, la théorie de Romagnosi. Ils étendent à la Société le droit naturel de légitime défense de l'individu et, pour expliquer qu'une mesure répressive comme la peine et bien postérieure au délit, puisse constituer une défense, ils en sont réduits à faire, entre le danger que le délit fait courir à la Société et celui d'une agression individuelle, une distinction trop subtile pour pouvoir fournir la base d'un système. Pour l'individu, le péril ne survit pas à l'attaque, il est, au contraire, incessant pour la Société, à cause de l'exemple. En punissant le délit, même plusieurs mois après son accomplissement, la Société se défend contre les imitateurs.

Ce système peut permettre d'éviter, comme le dit M. Laborde qui l'adopte avec certaines atténuations, la plupart des incriminations injustes du système utilitaire pur, mais comme le reconnait cet auteur, si on l'accepte sans tempérament, « il conduit à établir des peines d'une rigueur excessive et hors de proportion avec la gravité intrinsèque des délits. » Très ingénieusement, M. Laborde essaie de tempérer ce système par l'idée d'humanité qui est tout à fait conforme à sa base positiviste, car elle est prise dans ce fait que la trop grande rigueur des châtiments blesse un sentiment naturel chez l'homme, la pitié. « Il ne faut pas, dit-il, que l'indignation soulevée par le crime fasse place à la pitié qu'inspire tout homme soumis à un traitement trop cruel. La répression doit exciter un sentiment de satisfaction dans le public, sinon on s'expose à amoindrir le respect de la loi, à susciter l'esprit de révolte, à provoquer des troubles, à aller en un mot contre le but même du droit criminel, qui est d'assurer le maintien du bon ordre, condition essentielle de l'existence de la Société. »

Tempéré ou non par l'idée d'humanité, le sys-

tème positiviste a le tort, s'il explique jusqu'à un certain point combien le désir de châtier le criminel est naturel à l'homme, de ne pouvoir justifier en droit la sanction sociale ni expliquer toute cette partie de la répression qui, en atteignant les conterventions, par exemple, se préoccupe beaucoup plus du bien-être collectif que de la défense sociale indirecte.

Ces théories, très voisines de celles de Carrara, ont été précisées sur certains points par un article récent d'E. Carnevale, dans la *Revista penale*. Pour lui, « la raison de la peine, sa légitimité, s'il plait à d'autres de parler ainsi (nous ne disputerons pas sur les paroles lorsque nous sommes d'accord sur les idées), ne peut être donnée que par les besoins pour lesquels elle surgit dans le monde social et par les services qu'elle rend pour les satisfaire. Là se trouvent sa valeur et sa limite scientifique. » La peine, pour Carnevale, est une mesure de défense sociale, une « force supérieure pour la défense du droit. » Elle est justifiée ou plus exactement « réclamée » par l'intérêt collectif de l'État, par la valeur des biens attaqués par le criminel et la nature de l'attaque. Aussi la peine se différencie

des autres institutions juridiques, non seulement par l'utilité qui est sa source, mais encore par sa nature et son action; elle reste néanmoins une mesure de défense sociale prise dans l'intérêt de tous.

Comme on le voit, ces théories ainsi que les précédentes, ne sont, au fond, qu'une variante de celles de Stuart-Mill, de Kant ou de Rossi.

Tous ces systèmes ne se différencient que par l'angle plus ou moins réduit sous lequel ils envisagent l'utilité de la peine, la justice pure ou les deux ensemble et ces principes ne peuvent, nous l'avons établi, fournir un fondement légitime au droit de punir.

Il nous faut cependant dire un mot de l'école italienne d'anthropologie criminelle qui a essayé de réduire le problème que nous étudions à une simple question de médecine et de science physique.

Pour les partisans de ce système, le criminel est un malade « privé du sentiment moyen de pitié. » Il ne s'agit plus d'établir le droit de punir, mais le droit de sélectionner. La peine criminelle est une simple fonction sociale ayant pour but l'élimination des éléments anti-sociaux....

Le criminel ne peut s'adapter au milieu social, il faut donc l'éliminer.... L'absence totale du sentiment de pitié est une tare physique, d'après M. Lombroso; d'après Garofalo, elle est une « anomalie psychique permanente. » Elle rend le délinquant insusceptible d'une vie sociale.

Aussi Garofalo écrit-il, dans sa criminologie: « Le pouvoir social produira artificiellement une sélection analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique par la mort des individus non assimilables aux conditions particulières du milieu ambiant où ils sont nés ou au sein duquel ils ont été transportés. » Et Garofalo continue par une apologie de la peine de mort et des déportations en masse, extrêmement curieuse à lire au moment où l'adoucissement progressif de la peine semble la véritable loi du droit pénal contemporain.

Ces théories qui eussent scandalisé l'ancienne philosophie du droit pénal, ont eu l'avantage d'amener peu à peu les sociologues modernes à étudier le malfaiteur en soi dans ses origines immédiates ou lointaines, dans ses caractères propres, dans son milieu, dans les évolutions de sa personnalité et de sa famille. On a pu constater

que, dans la genèse du crime, le rôle de l'atavisme est toujours considérable. Il semble même établi que le type criminel physique, la déchéance morale extériorisée dans certains indices de la structure anatomique, se rencontrent fréquemment dans *il huomo delinquente*, comme dit Lombroso. Les plus communs de ces indices révélateurs sont les anomalies visuelles, l'asymétrie des traits, l'écartement démesuré des oreilles, la déformation des mains, la lourdeur de la mâchoire, etc....

A la suite d'une enquête récente, faite en Amérique sur les enfants internés dans plus de cent vingt colonies pénitentiaires, le docteur Georges Gould, inspecteur des prisons et l'oculiste Caze ont cru pouvoir conclure à l'existence d'une mystérieuse relation entre les instincts criminels et les troubles de la vue. Le docteur Caze est même allé jusqu'à prétendre que quarante pour cent au moins de ces dévoyés n'auraient pas mal tourné, si on avait su seulement soigner leurs yeux à temps.

Pourrait-on donc, comme le voulait ironiquement peut-être, un journaliste, arriver, grâce aux progrès de la science, par le massage, l'électri-

cité, des remèdes bien appliqués ou de judicieuses opérations chirurgicales, à modifier la mentalité du criminel en redressant ses tares physiques, en créant une sorte d'orthopédie médicale ?

Sans aller aussi loin dans cette voie, M. le docteur Grasset, professeur de clinique à l'Université de Montpellier, dans son dernier et intéressant ouvrage : *Demi-fous et demi-responsables*, qui a suscité diverses polémiques de presse entre M. Emile Faguet et M. Pierre Baudin, croit qu'à la question de responsabilité, d'irresponsabilité ou de responsabilité atténuée, le médecin peut le plus souvent seul répondre : « Il y a certainement des cas-frontières difficiles, il y a des cas dans lesquels on peut se tromper, mais il y a certainement des cas où on peut se prononcer scientifiquement.» M. Grasset estime que, puisque la loi reconnaît des responsables et des irresponsables, puisqu'aux premiers elle décerne la prison et aux seconds l'asile « la loi devrait aussi admettre des demi-fous à responsabilité atténuée qui ne sont pas des fous puisqu'ils comprennent le gendarme, qui ne sont pas bien portants, puisqu'ils ont besoin du médecin, et auxquels, par la suite, la société doit la prison et l'asile. »

On a objecté à cette théorie que, du plus responsable au moins responsable, il y a continuité de termes sans aucune espèce de fossé et que les médecins ne peuvent scientifiquement définir ni l'état normal ni l'irresponsabilité ni la responsabilité atténuée. Il semble difficile, en effet, d'arriver à apprécier avec une précision mathématique le degré de responsabilité des délinquants et il pourrait être dangereux, pour la défense sociale, de voir les juges se préoccuper davantage de la santé des coupables que de leur nocivité.

Ce qu'il faut néanmoins retenir de la théorie de l'Ecole italienne et de l'étude de M. Grasset, c'est que, comme l'écrit ce dernier, « la société doit des soins à tous ses membres malades, nocifs ou non. Donc, quand un sujet est convaincu d'un acte criminel, la société doit se défendre certainement, mais elle doit aussi se demander si ce criminel n'est pas malade et, s'il est reconnu malade, elle devra se défendre contre lui par des procédés tout autres que s'il est bien portant. »

Il est incontestable, en effet, que l'amélioration physique du criminel peut et doit avoir une

heureuse influence sur son relèvement moral, mais l'Ecole italienne est allée beaucoup trop loin dans cette idée et est arrivée ainsi à des erreurs manifestes.

Au point de vue purement scientifique et médical, les observations du Dr Lombroso sont matériellement inexactes : il prétend avoir relevé comme signes caractéristiques du criminel : 1° Le sinus frontal chez 67 o/o des condamnés ; 2° l'asymétrie crânienne chez 47 o/o ; 3° la dégénérescence organique chez la plupart d'entre eux. Des observations plus récentes et mieux contrôlées n'ont, d'après M. Laborde, permis de retrouver le premier de ces signes que chez 13 o/o des sujets, le second, chez 12 o/o. Quant à la dégénérescence organique, on a observé qu'en Lombardie, partie de l'Italie où existe le plus de crétins, de lépreux, d'alcooliques, il y a le moins de criminalité.

Au point de vue philosophique et moral, on peut reprocher à la sociologie criminelle de n'être qu'une application non déguisée du déterminisme le plus complet, de cette théorie brutale qui, comme l'écrit Proudhon, place dans les choses le principe de nos déterminations et fait de l'être pensant le bilboquet de la matière.

Si l'hypothèse de l'école italienne peut à la rigueur expliquer la peine criminelle, elle ne la justifie en aucune manière et elle reste impuissante à analyser le sentiment de la justice. Comme on le voit, elle se rapproche beaucoup du système utilitariste : on ne punit plus, on sélectionne, c'est vrai, mais on ne sélectionne que parce que et dans la mesure où c'est utile à la société.

Si le délinquant est fatalement voué au crime par son organisme et si sa criminalité se manifeste par des signes anatomiques évidents, il faut aller jusqu'aux dernières conséquences du principe et l'arrêter avant qu'il ait commis aucun acte criminel ou délictueux.

Certains criminalistes y consentent d'ailleurs et l'on voit à quels résultats excessifs aboutirait une théorie qui ne repose, en somme, que sur des hypothèses que rien ne justifie et que nous ne discuterons pas plus longtemps.

Divers côtés de ces systèmes avaient déjà été entrevus par Platon chez lequel semblent se rencontrer, dans un harmonieux ensemble, toutes les théories précédemment exposées.

Le droit de vengeance semble tout d'abord

être pour lui la base du droit de punir. « Si le plus proche parent ne poursuit pas le meurtrier, il contractera lui-même la souillure du crime, le mort tournera son ressentiment contre lui, le premier venu pourra l'accuser et il sera condamné à un bannissement de cinq ans... »

Dans son Gorgias, suivant qu'on écoute l'un ou l'autre des deux contradicteurs, on croit entendre tantôt un disciple de Kant, tantôt un élève de Stuart-Mill.

Dans les *Lois* enfin, Platon semble parfois conseiller des procédés d'épuration par exportation et colonisation qu'on dirait empruntés à Garofalo... L'extrême souplesse du philosophe grec nous permet donc de voir en lui le premier représentant de l'école éclectique.

M. Bertaud a cru, lui aussi, apporter une solution nouvelle et, après avoir critiqué tous les systèmes que nous avons nous-mêmes combattus, c'est dans le *droit de commander* qu'il voit la véritable base du droit de punir...

Sans doute, le droit pénal suppose un pouvoir social qui édicte des lois, mais en vertu de quel principe, ce pouvoir social pourra-t-il commander et punir ? C'est justement la question qu'il s'agit

de résoudre, au lieu de la déplacer, comme le fait M. Bertaud. Que le pouvoir social ait le droit de punir parce qu'il a celui de commander, personne n'y contredit, mais il faut dire pourquoi le pouvoir social peut à bon droit commander et punir.

Est-ce une convention entre les individus, est-ce le contrat social qui, seul, peut établir ce droit par l'abandon soit du droit primitif de vengeance, soit d'une part de liberté individuelle ? Cette thèse, avec des variantes à peine sensibles, a été soutenue par Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Fichte, Filangieri, etc... et, plus récemment, un article de M. Fouillée, dans la *Revue des Deux Mondes*, du 15 novembre 1871, l'a remise en lumière.

L'objection principale que l'on fait à cette théorie, c'est sa fausseté historique.

Le prétendu contrat, affirme-t-on, n'a jamais existé, jamais les hommes ne se sont mis d'accord pour vivre en société ; ils y vivent naturellement et forcément, mais non en vertu d'un contrat qui n'a jamais eu lieu. Cette objection est aussi spécieuse que peu fondée. Bien que quelques-unes de leurs phrases paraissent le faire croire, jamais

Rousseau, pas plus que Fichte ni Fouillée, n'ont affirmé formellement que la Société s'était, en fait, réellement et historiquement fondée sur le contrat social. Rousseau se demande simplement comment les individus ont été amenés à passer de l'état de nature à la vie en société. Il répond : je l'ignore. Il ajoute ensuite : Qu'est-ce qui peut rendre ce changement légitime ? Et il essaie de répondre à cette question.

« Puisqu'aucun homme, dit-il, n'a une autorité naturelle sur son semblable et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes.

Trouver une forme d'association qui défende de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant. Tel est le problème dont le contrat social donne la solution. »

Comme on le voit, ce que les partisans du contrat social affirment, c'est seulement qu'*en droit, théoriquement*, une société civile ne peut *justifier* son existence que par un contrat entre ses membres : sinon le principe de la liberté individuelle serait violé.

Il est bien certain qu'en fait les nations se sont constituées pour de tout autres raisons : le tempérament, le climat, la force brutale, l'instinct de la conservation, les nécessités physiologiques de la vie, etc... ont amené les hommes à se grouper et à se soumettre à des chefs.

Pour J.-J. Rousseau, il y a une grande différence entre une peuplade, obligée par ces raisons de s'unir et d'obéir à un de ses membres et une société établie sur le contrat social : « Que des hommes épars soient successivement asservis à un seul, en quelque nombre qu'ils puissent être, je ne vois là que des esclaves, je n'y vois point un peuple et son chef. C'est, si l'on veut, une agrégation, mais non pas une association : il n'y a là ni bien public ni corps politique..

En effet, s'il n'y avait point de convention antérieure, où serait, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation, pour le petit nombre, de se soumettre au choix du grand et d'où cent qui veulent un maître ont-ils le droit de voter pour dix qui n'en veulent point ? La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement et suppose au moins une fois l'unanimité. »

Essayons maintenant de voir comment découle

de ce pacte tacite, de cette unanimité, peut-être peu vraisemblable, l'explication et la justification, d'après Rousseau, du droit de punir.

« Chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière, contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen. Son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun ; son existence absolue et naturellement indépendante, peut lui faire envisager ce qu'il doit à la cause commune comme une contribution gratuite, dont la perte sera moins nuisible aux autres que le payement n'en est onéreux pour lui, et regardant la personne morale qui constitue l'État comme un être de raison, parce que ce n'est pas un homme, il jouirait des droits du citoyen sans remplir les devoirs du sujet, injustice dont le progrès causerait la ruine du corps politique.

Afin donc que le pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement qui seul peut donner de la force aux autres : *que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps ;* ce qui ne signifie autre chose, sinon qu'on le forcera d'être libre : car telle est la condition qui, don-

nant chaque citoyen à la patrie, le garantit de toute dépendance personnelle, condition qui fait l'artifice et le jeu de la machine politique, et qui seule rend légitimes les engagements civils, lesquels sans cela seraient absurdes, tyranniques et sujets aux plus énormes abus. »

Objecte-t-on à Rousseau qu'un homme ne peut être libre et forcé cependant de se conformer à des volontés qui ne sont pas les siennes, il répond : « Le citoyen consent à toutes les lois, même à celles qu'on passe malgré lui et même à celles qui le punissent, quand il ose en violer quelqu'une. La volonté constante de tous les membres de l'État est la volonté générale; c'est par elle qu'ils sont citoyens et libres.

Quand on propose une loi dans l'assemblée du peuple, ce qu'on leur demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale, qui est la leur ; chacun, en donnant son suffrage, dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose, sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimais

être la volonté générale ne l'était pas. Si mon avis particulier l'eût emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'aurais voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre. »

Et Rousseau nous apprend ensuite qu'à Gênes on lit au devant des prisons et sur les fers des galériens ce mot : *libertas :* l'application de cette devise lui semble belle et juste. En effet, dit-il, il n'y a que les criminels de tous États qui empêchent les citoyens d'être libres. Dans un pays où tous ces gens-là seraient aux galères, on jouirait de la plus parfaite liberté.

Telles sont, exprimées dans un langage qui a à peine vieilli, les théories de J.-J. Rousseau sur le droit de punir. Elles valaient d'être étudiées, car, sans aller aussi loin que lui, on peut, semble-t-il, cependant reconnaître que si l'on admet le libre arbitre de l'homme, la persistance d'un groupement dénote forcément un accord obscur, un pacte tacite entre ses membres. Ce pacte se renouvelle chaque jour, il est nécessaire pour que la société subsiste. Si on le supprime, si l'accord cesse sur un certain nombre de points essentiels, il y a arrêt de la vie sociale. Celle-ci n'est, en effet, qu'une transaction journalière

entre les goûts opposés, les désirs adverses et les passions contradictoires de tous les membres du groupe.

Sans doute, contrairement à ce que semble croire Rousseau, l'état social est un état nécessaire : l'homme vit en société comme le poisson dans l'eau, selon l'expression d'un philosophe, mais il n'en est pas moins vrai qu'il est libre, qu'il peut modifier l'élément dans lequel il est plongé ou en sortir, s'il le juge préférable.

Voilà ce que l'on peut retenir des théories de Rousseau. On peut lui reprocher, d'autre part, d'aboutir à une exaltation peut-être un peu excessive de l'individualisme, qui ne se concilie guère avec ses idées sur les droits intangibles de l'État. Il a le tort, en outre, de croire que les conventions humaines, quelles qu'elles soient, peuvent créer ou détruire des droits indistinctement et sans borne, tandis qu'elles n'ont ce pouvoir que pour les objets dont les hommes ont la faculté de disposer à leur gré ou dans la limite des nécessités sociales. Il semble cependant avoir entrevu la vérité : il s'agit pour nous maintenant d'essayer de la préciser et de montrer en quoi consiste ce traité tacite, cette convention obs-

cure et collective qui permet au pouvoir social de commander et de punir. Il nous faut, pour cela, et nous allons le faire, aborder l'analyse de la vie sociale.

CHAPITRE III

LE FONDEMENT DE LA PEINE ET LA VIE SOCIALE

Le problème que nous avons à résoudre est double. Il faut donc y répondre, en principe, par une distinction. On peut se demander tout d'abord quelle est l'explication pratique de l'existence de la peine criminelle, comment il se fait qu'un phénomène aussi douloureux pour quelques-uns et aussi pénible pour tous ait pu naître et persister, pour quelle raison d'ordre purement matériel, les sociétés ont créé, accepté et maintenu des mesures pénales qui nous apparaissent de prime abord comme la cause de lourdes et cruelles pertes d'énergie individuelle et sociale.

A cette première question, toute différente de la seconde qui va se poser bientôt, une seule réponse peut être faite, sur laquelle il semble que tout le monde soit à peu près d'accord. Si la peine criminelle existe, c'est que la société la considère comme utile, sinon comme nécessaire

à son existence ; c'est qu'il est admis par tous les groupements humains un peu importants que la peine criminelle est une mesure indispensable de défense et de conservation sociales.

Les hommes se trompent-ils ? Une société peut-elle vivre, se développer et progresser sans la contrainte pénale ? Nous ne le croyons pas, mais il est, en tout cas, absolument indiscutable qu'en dehors des raisons d'utilité générale et de défense sociale, la peine criminelle est absolument inexplicable.

Ainsi donc, la société punit parce qu'elle croit le châtiment utile à son existence et à son développement : mais maintenant que nous avons constaté et expliqué la raison d'être de la peine criminelle, il s'agit de la justifier. Et c'est pour cela que se pose la seconde question plus intéressante et plus délicate : Pourquoi la société a-t-elle le *droit* de punir ?

Ici, la réponse sera plus complexe. Nous avons vu, en discutant la théorie de l'expiation, soutenue par Kant, ou en étudiant certains points des théories éclectiques, que l'homme ne peut avoir la prétention d'appliquer aux criminels des peines purement justes. La connaissance,

forcément incomplète, que les tribunaux humains peuvent avoir de l'ordre moral et des intentions humaines, les difficultés qu'il y a à varier la peine pour la proportionner à l'infraction, rendent inadmissibles toutes les théories qui prétendent faire de la sanction sociale le juste châtiment d'une faute morale. Pour qu'une peine fût juste, il faudrait qu'elle atteignît l'intention mauvaise et lui fût proportionnée. Or, l'homme ne peut et ne doit punir que l'acte extérieur.

Cependant, comme nous l'avons constaté en critiquant les doctrines utilitaristes, les hommes et quelquefois le coupable lui-même, associent à l'idée de la peine criminelle « une idée plus haute et différente de justice. »

Comment expliquer ce fait psychologique qui est une des principales objections faites à Stuart-Mill ? D'où vient que la peine criminelle, quoiqu'elle ne soit pas, ne puisse pas et ne doive pas être le châtiment mérité d'une faute morale intentionnelle, nous apparaît cependant comme juste et légitime ?...

Pour résoudre cette question, il nous faut nécessairement remonter aux origines de la société et essayer de nous rendre compte des

conditions de son existence et de son développement.

Pourquoi l'homme vit-il en société ? Faut-il admettre la préexistence d'un état extra-social que les hommes auraient abandonné par suite d'une délibération commune? Non, l'état de société n'a pas été choisi et librement adopté par les individus : c'est un état nécessaire, inévitable et fatal qui a commencé avec l'humanité et dans lequel elle vivra toujours : l'histoire des premiers âges et les nécessités physiologiques démontrent que les hommes n'ont pu vivre que groupés.

Au point de vue moral comme au point de vue matériel, par ses instincts et ses besoins comme par ses aspirations intellectuelles et ses désirs altruistes, l'homme est prédestiné à l'état de société.

Il ne faut pas cependant exagérer les conséquences de ce principe de la nécessité de la société.

Pour qu'une société puisse exister et persister, il faut que ses membres entretiennent entre eux des rapports continus et constituent une unité cohérente, malgré leurs diversités. Toute société suppose donc un accord de ses unités sur un certain nombre de points, mis hors de cause et de toute discussion.

Que l'agrégation originaire qui a constitué le noyau social, la cellule primitive, l'embryon de la collectivité ait été déterminée, comme nous l'avons vu plus haut, par un ensemble de phénomènes et de circonstances le plus souvent indépendants de toute volonté libre, phénomènes et circonstances géographiques, géologiques, hydrographiques, climatériques ou physiologiques, c'est possible et probable, mais pour que cette agrégation primitive puisse vivre et progresser, pour qu'elle ait le droit de prendre les mesures utiles à son développement, il est nécessaire qu'un accord, qu'un pacte, si informe et si obscur soit-il, s'établisse entre ses membres sur certains points essentiels... C'est dans ce lien des volontés éparses, dans cette cohésion des énergies individuelles, que consiste la vie sociale.

Quelque opposé que l'on soit aux théories de Rousseau et de Fichte, brièvement étudiées plus haut, il faut bien reconnaître que les sociétés ne sont pas uniquement des coalitions d'intérêts matériels. Comme l'a dit un philosophe, les hommes ne vivent pas uniquement de pain, il ne suffit pas, pour qu'ils puissent vivre en société, qu'ils aient de quoi se nourrir, se vêtir et se loger.

Il faut plus, il faut un lien intellectuel et moral, une communauté plus ou moins complète d'idées, de sentiments et de mœurs. Il faut une morale sociale, une morale nationale, puisque jusqu'à nouvel ordre la nation est la forme habituelle des sociétés.

Sans doute, cette morale nationale, qui se fait et se défait tous les jours au grand soleil de la vie quotidienne, est naturellement contingente, précaire et variable, toujours différente d'elle-même, essentiellement multiforme et presque insaisissable. Elle est purement extérieure et réaliste, elle apprécie les actes suivant leurs conséquences et non dans l'intention qui les a dictés et qu'elle ignore... Elle se modifie avec les individus et les époques, elle se rapproche plus ou moins du droit naturel ou de la morale elle-même... Elle peut interdire, permettre ou même encourager certains actes mauvais en eux-mêmes, comme le vol à Sparte, la polygamie en Orient ou l'inceste chez certains peuples... Elle sera plus ou moins sévère ou relâchée, suivant les temps et les régions, puisqu'elle n'est que la résultante de la collectivité des valeurs morales individuelles...

Quand un délit se commet, ce patrimoine

commun de la morale sociale, ce minimum de la moralité, nécessaire à la vie collective, se trouve atteint, cette moyenne qui s'était établie entre les valeurs ethniques individuelles pour constituer une moralité nationale se trouve rabaissée... L'exemple du criminel est contagieux, le délit est suggestif d'autres délits, en même temps que la vie matérielle de la Société, sa vie intérieure a été atteinte. Comme le dit M. Blondel « l'exemple du criminel est imitable et dissolvant pour la vie collective. »

Comment relever le niveau de la morale publique ainsi rabaissé ? Comment détruire ou diminuer la portée suggestive du délit ? Par la peine criminelle !... Mais quel est le point de contact, quelle est la zone d'influence de la sanction pénale et de cette sorte de morale sociale dont nous avons essayé de définir les caractères ? Cette zone variera selon l'étiage de la moralité publique; le délit sera plus ou moins générateur d'autres délits par l'exemple, suivant que le niveau des mœurs populaires sera plus ou moins élevé, suivant que la foule sera plus ou moins en état de résister à la contagion du crime.

Supposons que la nation tout entière consi-

dère le vol comme un crime abominable et qu'aucun de ses membres ne puisse se laisser tenter par le bien d'autrui. Si le premier voleur ne doit être imité par personne, si l'unique délit doit rester une exception infamante, la Société pourra obliger le voleur à réparer les conséquences de son détournement et prendre les mesures nécessaires pour l'empêcher de recommencer, elle n'aura pas à punir...

Au contraire, si le niveau de la moralité collective s'est beaucoup abaissé, comme cela arrive chez tous les peuples en temps de crise, par exemple; si certains délits deviennent à ce point quotidiens et normaux qu'ils en arrivent à faire en quelque sorte partie de la vie nationale, deux événements opposés peuvent se produire : ou bien ces actes, n'étant plus contraires à la morale sociale qui a évolué, cesseront d'être des délits ou, au contraire, le pouvoir social, voulant réagir, frappera ces actes de peines d'autant plus fortes qu'il voudra en diminuer la portée suggestive et relever le niveau de la moralité collective...

La peine criminelle et l'ethnique sociale sont, en effet, sous une dépendance réciproque... La gravité de la peine n'a pas seulement pour effet

de contrebalancer le mauvais exemple donné par le délit, mais encore, par une association d'idées bien naturelle, l'importance de la peine fait croire à celle de la faute.

C'est pour cela qu'il est dangereux pour la moralité publique de punir des faits indifférents que des circonstances accidentelles font, seules, considérer comme contraires à l'ordre social.... C'est pour cela aussi ou pour une raison du même ordre qu'il ne faut pas punir trop cruellement même les plus grands crimes, car la cruauté des exemples, venant de haut, fait diminuer dans le peuple les sentiments de pitié, de charité, de douceur qui sont le plus nécessaires à l'ordre public. Les époques où les peines criminelles ont été les plus cruelles ne sont pas, en général, des périodes de calme, de bien-être et de progrès.

Que déduire de définitif de cette brève étude des rapports de la moralité populaire avec le crime et le délit ? C'est qu'il faut peut-être justement essayer de trouver dans l'acceptation par l'individu de la morale collective et de sa sanction, la justification du droit de punir...

Sans donner à la théorie du contrat social une portée absolue, il semble raisonnable d'admettre

une assimilation presque complète entre les lois civiles et les lois pénales au point de vue qui nous occupe...

Les prescriptions de nos codes ne trouvent-elles pas aussi leur unique justification dans le désir du groupement d'imposer des formes particulières aux actes de la vie sociale et commerciale, afin de la rendre plus intense et plus facile ?

Certaines personnes sont, dans la vie civile, les victimes de leur ignorance ou de leur maladresse. Est-ce bien juste ? Non, mais l'homme qui vit dans une société est censé en connaître et en accepter les lois, il est censé consentir à être jugé d'après ces lois, au lieu d'être seulement justiciable de la morale idéale... Si la peine criminelle, comme d'ailleurs la loi civile, nous apparaît comme juste, c'est que son application n'est que l'exécution du contrat social, la sanction légitime et convenue de la morale extérieure et contractuelle, nécessaire à l'existence des nations.

Et voici comment s'étage le raisonnement qui nous amène à cette conclusion. Dans les Sociétés primitives, comme nous l'avons vu, la peine semble n'être qu'une forme de la vengeance indi-

viduelle. Puis, peu à peu, en échange des avantages que lui apporte la vie en commun, l'individu cède aux représentants de la peuplade primitive le droit de vengeance qu'il s'était à tort ou à raison arrogé.

Tel est vraisemblablement le pacte social originaire, sans que nous fassions d'ailleurs complètement nôtre cette théorie historique qui ne pourrait être une justification du droit de punir que si l'on établissait que l'individu a vraiment lui-même le droit de se venger...

Mais supposons maintenant un groupement donné, une nation, la France, par exemple. L'homme qui consent à y vivre en accepte implicitement, par ce seul fait, les mœurs, les usages et les lois. Le contrat tacite qui s'établit entre les membres du groupement, entre l'individu et la société, est le suivant. Moi, Société, je t'assurerai un certain nombre d'avantages: en échange, je te demande d'obéir à mes lois et de respecter un certain minimum de moralité extérieure que je considère comme nécessaire à mon existence. Si tu violes ce contrat, je te punirai suivant certaines règles fixées d'avance. Ainsi, le droit criminel n'est en quelque sorte que la clause pénale détaillée

du contrat social. La peine n'est que la sanction apportée au manquement à ce minimum de moralité extérieure et contractuelle, dont le maintien est indispensable à la vie des groupements humains.

La Société n'a pas à dire à l'individu : je te défends de commettre des fautes morales, non, elle lui défend des actes extérieurs et précis. Le pouvoir judiciaire se reconnaît incapable d'apprécier la valeur morale de l'intention, il ne juge que les actes matériels.

L'individu, en échange des bienfaits sociaux, consent à subir les lois civiles et pénales, et la sanction est ainsi fondée sur sa nécessité et l'accord des volontés humaines...

Envisagé simplement au point de vue théorique, ce système justifie la contrainte sociale. N'est-il pas juste, en effet, qu'un contrat s'exécute et que celui qui a joui des avantages de la vie en commun accepte aussi les lois qui sont son œuvre ?

Ainsi, il est naturel que la conscience populaire approuve le châtiment des coupables, puisqu'ils ne se sont pas soumis aux lois de leur groupement et à la volonté générale.

Et si le criminel prétend qu'en commettant son crime, il a eu une intention louable et n'a point contrevenu à la morale pure, le juge et le peuple auront le droit de lui dire : il ne s'agit pas de savoir si tu as bien ou mal agi ; puisque tu vivais avec nous, tu étais censé accepter les prescriptions qui sanctionnent notre morale collective et qui sont la contre-partie des avantages de la vie en commun. Tu ne pouvais donc pas ignorer que tu t'exposais à la peine qui va t'atteindre... Cette peine est juste, elle n'est pas le châtiment d'une faute morale, elle ne te frappe que parce que tu as violé extérieurement le contrat social.

Ce système permet, en outre, d'expliquer la plupart des théories du droit pénal...

Pourquoi, par exemple, les lois n'ont-elles pas d'effet rétroactif ? Parce que si la peine criminelle, comme la loi civile, est l'effet d'un contrat, elle ne peut préexister à ce contrat ou aux clauses nouvelles qui l'ont modifié, elle ne peut s'appliquer à des actes non encore prévus par lui. Si on admet, au contraire, qu'il suffit que la peine soit juste ou utile, la société n'aura pas à se poser la question de l'effet rétroactif des lois.

Il est facile encore, dans l'hypothèse du pacte collectif, plus que dans toute autre, de justifier les théories des circonstances aggravantes et absolutoires, des contraventions, de la prescription qui ne sont que des articles particuliers du contrat social. Ils doivent être respectés parce que la convention fait la loi des parties, tandis qu'on ne peut trouver, dans les principes absolus de Kant, de Stuart Mill ou des éclectiques, la justification de ces théories, basées pour la plupart sur des fictions juridiques.

Nous objectera-t-on, comme nous l'avons vu, que le pacte social ne s'est jamais historiquement conclu et que l'état de société est nécessaire et non librement consenti... Nous l'admettons sans difficulté ; il est évident que jamais les hommes ne se sont réunis en assemblée pour discuter des questions de droit pénal et qu'ils n'ont pas fait sanctionner leurs délibérations par un contrat en forme notariée. Et d'ailleurs cette objection pourrait être faite à toutes les théories du droit pénal qui ne s'appuient pas davantage sur un fait historique, daté et précis. Le droit pénal moderne est le produit de l'évolution d'une foule de principes différents, c'est

une transaction, variable d'ailleurs, entre une multitude d'intérêts opposés. Il ne s'agit nullement pour nous de justifier un seul article de cette œuvre composite et parfois contradictoire, mais seulement d'essayer de légitimer théoriquement un fait social : la peine criminelle.

Nous admettons bien volontiers que la vie en société est nécessaire ou providentielle, selon les philosophes, qu'en tout cas, c'est l'état naturel de l'homme, mais la nécessité d'un accord entre les individus ne supprime pas cet accord, et, parce que le pacte collectif est nécessaire, il n'en existe pas moins.

Historiquement, la peine criminelle n'est que la socialisation, justifiée ou non, de ce réflexe universellement constaté : le désir de la vengeance individuelle.

Pratiquement, la peine n'existe que parce que les peuples la croient nécessaire à leur existence et ne s'*explique* que par son utilité.

Théoriquement, la peine ne peut se *justifier* que par le contrat social.

Nous comprenons parfaitement qu'en échange des avantages qu'elle nous apporte, la collectivité a le droit de nous imposer certaines lois pré-

cises et nécessaires auxquelles nous devons obéissance matérielle et purement extérieure. Ainsi, le juge qui condamnera un délinquant pourra, en appliquant la contrainte légale, invoquer la liberté de tous, y compris la liberté même de celui qu'il frappera.

En entrant dans le groupement, je me suis engagé à obéir aux lois que moi-même, en tant que citoyen, je contribue à établir... Si je romps le pacte, on me réprime, quoi de plus juste, quoi de plus conforme à ma volonté ? J'ai voulu vivre en société, j'ai donc voulu les lois sociales : si elles me punissent, c'est moi qui me punis par elles... Il ne s'agit donc plus maintenant de savoir si l'accusé a voulu ou non commettre un acte qu'il *considérait* comme « moralement mauvais », mais simplement de déterminer s'il a voulu commettre un acte contraire aux clauses de l'association commune et puni de certaines peines.

Mais, nous dira-t-on peut-être, pour créer une obligation, il faut supposer une offre et une demande avec une liberté réciproque de conclure. Ce n'est pas absolument exact et les théories de la gestion d'affaires, du dépôt nécessaire, de la responsabilité civile, montrent bien

que l'obligation peut naître d'autre chose que du libre accord des volontés.

La liberté de l'individu ne disparaît pas d'ailleurs, puisqu'il peut violer le pacte social, essayer de le modifier, sortir du groupement national auquel il appartient par sa naissance ou par son choix pour entrer dans un autre.

« Si donc, dit J.-J. Rousseau, lors du pacte social, il s'y trouve des opposants, leur opposition n'invalide pas le contrat, elle empêche seulement qu'ils y soient compris ; ce sont des étrangers parmi les citoyens. Quand l'état est constitué, le consentement est dans la résidence : habiter le territoire, c'est se soumettre à la souveraineté. Ceci doit toujours s'entendre d'un État libre ; car, d'ailleurs, la famille, les biens, le défaut d'asile, la nécessité, la violence, peuvent retenir un habitant dans le pays malgré lui, et alors son séjour seul ne suppose plus son consentement au contrat ou à la violation du contrat. »

Ainsi le corollaire logique de notre théorie, c'est que la nation ne peut empêcher ses membres de sortir de son sein, c'est que l'homme a le droit de changer de nationalité.

Mais dira-t-on, l'individu a-t-il le droit de

céder à la collectivité la faculté de le punir ? C'est là le nœud du système et ce point de la discussion fournit à M. Bertaud la matière de sa principale objection à la thèse du contrat social ; (Bertaud, *Etude sur le droit de punir*, page 622) « Le système qui fait dériver le droit de punir d'une concession que chaque individu aurait faite éventuellement sur lui-même et aux dépens de lui-même au pouvoir social... est entaché d'un défaut capital. Pour expliquer l'existence du droit de punir, il commence par supposer cette existence, il se demande à quel titre le pouvoir social est saisi du droit de disposer de l'honneur, de la liberté et peut-être de la vie des individus. Au lieu de résoudre cette difficulté, il la déplace et il dit : c'est l'individu qui a accordé ce droit exorbitant sur lui-même au pouvoir social... Mais pour accorder ce droit sur lui-même, l'individu en était donc saisi ? Il avait donc éventuellement le droit de disposer de son honneur, de sa liberté, de sa vie ; or, à quel titre était-il investi de ce droit de consentir par anticipation et d'une manière conditionnelle à cette immolation partielle ou absolue ?....

Est-ce que le droit de stipuler sous condition

sa mutitation ou sa mort est plus aisé à établir chez l'individu que le droit de punir au profit du pouvoir ? Que cette stipulation fût ou non accompagnée d'une idée d'expiation, elle participerait toujours singulièrement du caractère d'un suicide et on ne saurait la considérer comme obligatoire, alors même qu'on pourrait appliquer les principes qui régissent les conventions. »

C'est là l'objection fondamentale que l'on fait à la théorie de la responsabilité pénale contractuelle. L'individu ne peut céder à la collectivité plus de droits qu'il n'en a ; or, il n'avait pas le droit de stipuler son emprisonnement ou sa mort sous conditions ; donc, l'individu ne peut légitimement accepter ni créer la pénalité contractuelle. A cette objection, on peut répondre d'abord par les considérations suivantes :

En premier lieu, dirons-nous, la Société qui n'est qu'une agrégation d'individus, ne peut avoir plus de droits que chacun d'eux. Qu'on le veuille ou non, c'est l'individu qui est le noyau social : s'il se réunit à un autre individu, puis à d'autres encore et ainsi de suite, pour former un groupe, ce groupe ne peut logiquement avoir plus de droits que chacune de ses unités. Si donc l'indi-

vidu n'a pas le droit de concéder à la collectivité la faculté de le punir, jamais le groupement social ne pourra avoir ce droit.

On peut ajouter encore : puisque la société est un fait inévitable auquel nous sommes prédestinés, si la peine criminelle est nécessaire à la durée de la société, si d'autre part celle-ci ne peut avoir plus de droits que les individus qui la composent, il faut forcément que ceux-ci puissent légitimement faire les concessions indispensables à l'existence de leur groupement.

Et d'ailleurs, enfin, la question est ainsi mal posée. Il est bien évident que les individus n'ont pas le droit de se suicider. de se mutiler ou de s'infliger des souffrances et des privations de liberté inutiles, mais d'autre part tout homme n'a-t-il pas le droit de risquer sa propre vie, de diminuer sa somme de bien-être, soit pour conserver son existence ou celle d'autrui, soit pour en améliorer les conditions ?

Si l'homme a le droit de vivre en société, il peut prendre les moyens de le faire. C'est pour éviter d'être victime des voleurs et des assassins qu'il accepte d'être puni s'il devient lui-même l'auteur d'un délit. *Il ne dispose éventuel-*

lement de sa liberté, de son bien-être ou de sa vie que pour essayer de les garantir, ce qui est non seulement son droit, mais son devoir. La peine n'est pas un but, elle est un moyen. Le contractant ne consent nullement à un suicide partiel ou total, il ne présume nullement qu'il sera guillotiné ou emprisonné, il accepte seulement de se soumettre à la volonté du groupement pour utiliser à sa défense toute la force du groupe. Il agit un peu comme quelqu'un qui, au moment d'être attaqué, se précipite, au risque de sa vie, sur ses adversaires. Il ne veut pas diminuer son bien-être ou exposer ses jours, il veut, au contraire, vivre et être heureux, et c'est pour cela et dans ce seul but qu'il accepte éventuellement d'être atteint par l'arme qu'il a forgée pour se défendre : la sanction sociale.

Prétendra-t-on que la société est un état providentiel et que Dieu seul peut lui donner le droit de punir? Nous ne voyons, pour notre part, aucun inconvénient à l'admettre, mais il est, dans ce cas, aussi facile de supposer que Dieu a concédé ce droit à l'individu avec mandat de le céder à la société sous certaines conditions.

Mais, nous dira-t-on peut-être encore : « Vous justifiez le droit de punir par le droit pénal lui-même et vous définissez le délit par la peine qui l'atteint. Le délit n'est pour vous ni bon ni mauvais, ni nuisible ni utile, c'est simplement un acte puni par le pacte social, par la loi pénale. Ce n'est pas absolument exact, répondons-nous, car le délit est essentiellement pour nous un acte nuisible à la société. Il est évident que si l'on suppose une nation gouvernée par un despote qui édicte des lois insensées, il pourra arriver que la peine criminelle soit d'une application abusive ou ridicule..... c'est que justement alors elle ne sera plus la résultante du pacte social....

C'est une erreur profonde de considérer l'individu et la société comme des entités distinctes et ayant forcément des intérêts opposés. Non, la société n'est que la collectivité des individus, ses intérêts ne sont que les intérêts de chacun, ses lois doivent être l'expression de la volonté de tous.

Ces individus et, par conséquent, leur groupement, ont des droits et des devoirs : ces droits et ces devoirs fourniront la matière et la limite du contrat social.

S'il arrive parfois que les stipulations de ce pacte sont contraires aux principes de la morale ou aux intérêts de la collectivité, ce sera une obligation pour les individus et pour le groupe de le modifier dans un sens plus raisonnable, plus rigoureux ou plus libéral.

Mais parce qu'une convention se conclut sans tenir suffisamment compte des intérêts et des droits des parties en cause, cela ne prouve nullement que toutes les conventions sont mauvaises. Il arrive fréquemment que, dans des contrats civils, les droits les plus respectables d'une des parties sont lésés, que des clauses immorales ou léonines sont insérées, cela prouve-t-il que les conventions ne doivent jamais être des sources légitimes d'obligations ?

Dans le contrat social comme dans tous les autres, c'est aux individus à savoir faire leur devoir et à faire respecter leurs droits.

Si nous avons parfois cette impression que la société se fait la part trop belle en créant des délits qui n'en sont pas, en faisant peser sur ses membres la charge d'une pénalité excessive ou arbitraire, n'est-ce pas parce que nous nous rendons compte des droits réciproques des contrac-

tants et parce que nous voudrions que le pacte social correspondît mieux aux véritables intérêts et aux véritables droits de la collectivité et des individus ?

Non, ce serait une prétention par trop abusive d'attaquer, au nom de la liberté et de la morale, cette théorie du contrat social qui est vraiment la plus libérale de toutes, puisqu'elle seule voit dans l'individu une fin en soi, lui donne ainsi sa véritable valeur et ne veut admettre pour fondement du droit de punir que le libre accord des volontés humaines.

Un système qui ne voit d'essentiel dans l'individu que sa volonté ne peut être immoral et se concilie, au contraire, parfaitement avec la théorie spiritualiste... Si l'individu perfectionne son intelligence et sa volonté, les lois pénales ne seront que le reflet de sa valeur intellectuelle et morale augmentée... Les hommes dont l'accord crée les lois ont pour premier devoir de les améliorer autant que possible et de perfectionner ainsi le pacte social...

La loi n'est que l'expression abstraite de la volonté collective. Ainsi, et c'est un rapprochement à signaler, la volonté humaine, le libre

arbitre restent, pour les partisans du contrat social et pour nous-même, comme pour le philosophe de Kœnisgberg, le principe fondamental et intangible de l'ordre universel.

Maintenant que nous avons essayé d'étudier comment l'analyse de la vie collective et le libre accord des volontés humaines peuvent servir de justification au droit de punir, il nous faut tenter de montrer, par quelques exemples, comment notre système peut s'appliquer dans la pratique et se concilier avec les définitions du délit et de la peine et les prescriptions générales du droit pénal.

M. Ortolan, voulant éprouver et résumer les diverses théories du droit de punir, se pose, dans son *Droit pénal* (page 92), deux questions.

Quels sont les actes que la loi pénale doit ériger en délits et qui seront punissables ? Quelle doit être la mesure et la limite de la peine ?... et il nous indique la réponse de chacune des théories que nous avons étudiées :

« A la première question : quels sont les actes punissables ? La théorie de la vengeance répond : tout acte qui est de nature à exciter des sentiments de justice privée, la théorie du contrat

social : tout acte qu'on est convenu de punir, la théorie de la réparation : tout acte qui cause un préjudice social, la théorie du droit de conservation : tout acte qu'il importe pour la conservation sociale de punir, la théorie de l'utilité : tout acte qu'il est utile à la société de punir, la théorie de la justice pure : tout acte que réprouve la pure notion du juste, la théorie éclectique : tout acte qu'il est juste et utile de punir.

A cette seconde question : Combien ces actes doivent-ils être punis ? La théorie de la vengeance répondrait : tant qu'il est nécessaire pour satisfaire et apaiser les sentiments de vengeance, la théorie du contrat social : tant qu'on est convenu de punir, la théorie de la réparation : tant qu'il est nécessaire pour réparer le préjudice causé, la théorie du droit de conservation : tant qu'il est nécessaire pour la conservation et la défense sociales, la théorie de l'utilité : tant que l'utilité sociale le demande, la théorie de la justice absolue : tant qu'il est juste, la théorie éclectique : tant qu'il est juste et utile de punir. »

Essayons à notre tour de fournir une réponse aussi explicite que possible à ces deux questions et de montrer, par quelques exemples, la véritable portée de notre théorie.

Quels sont les actes que la loi pénale doit ériger en délits et qui seront punissables ?

Ce sont les actes contraires à la morale sociale du groupement et en même temps nuisibles en quelque manière à sa vie progressive. Ces actes ne seront cependant des délits et partant punissables qu'autant qu'il sera utile à la conservation et au bien-être sociaux de les punir et seulement au cas où le contrat social en aurait, par la loi pénale, prévu par avance le châtiment.

Cette définition, évidemment un peu complexe au premier abord, le paraîtra beaucoup moins si l'on considère qu'il y a deux manières d'envisager la question et qu'il est aussi facile qu'illogique, d'essayer, sans distinguer ces deux points de vue, de lui donner une réponse précise et brève. Si théoriquement il est permis, en effet, de faire intervenir ici la conservation ou la morale sociales, il faut bien reconnaître que *pratiquement* le délit est simplement l'acte puni comme tel par la loi pénale, parce qu'il est utile à la conservation et au bien-être sociaux de le punir, peut-on ajouter. Ce sont là deux caractères extérieurs du délit qui servent à

justifier pratiquement la contrainte sociale.... A ces deux qualités extrinsèques viennent s'ajouter deux caractéristiques qui doivent *théoriquement* se rencontrer dans tout acte punissable: le délit est essentiellement et doit être, pour être *légitimement* punissable, un acte nuisible à la Société, directement ou indirectement et en même temps opposé à la morale sociale, c'est-à-dire un acte inférieur au point de vue ethnique à la moralité moyenne de la nation. Ainsi, le délit est *théoriquement* un acte nuisible à la Société, contraire à la morale sociale et *pratiquement* un acte qu'il est utile de punir et contre lequel un châtiment a été prévu.

Essayons, pour faire entrer notre pensée dans le domaine des faits, d'examiner à ce quadruple point de vue, certaines prescriptions pénales qui ont donné lieu à des discussions spéciales.

Et tout d'abord, par exemple, les contraventions sont-elles punissables? La Société peut-elle sanctionner par des peines, dites de simple police, des prescriptions d'hygiène, de voirie etc. ?... Il est bien évident qu'une telle prétention de sa part ne peut se concilier avec la théorie de Kant ou avec les théories éclectiques, car dès l'instant

qu'il n'y a pas faute morale, de quel droit châtierait-on ? Sans penser à mal, un voiturier oublie, le soir, d'éclairer la lanterne de son véhicule : aucun accident ne se produit d'ailleurs, en quoi son intention a-t-elle été mauvaise ? En quoi a-t-il mérité une punition ? Même en admettant que la vie en commun nous impose des devoirs spéciaux et l'obligation morale d'obéir à certaines prescriptions, il suffira de n'avoir aucune mauvaise intention pour qu'il soit injuste en morale pure d'infliger une peine.

C'est précisément ce que fait la loi pénale. Elle ne demande pas au voiturier ou à la ménagère, prévenus de contravention, s'ils ont eu ou non l'intention de commettre une faute ; elle ne considère que les éléments purement matériels et extérieurs de l'acte et le déclare punissable sans avoir à l'apprécier au point de vue moral. Les théories de Stuart-Mill et les systèmes utilitaristes peuvent seuls permettre d'expliquer par l'utilité sociale, sinon de justifier par des considérations supérieures, la punition des contraventions.

Nous pouvons aller plus loin et essayer par notre système cette justification, même au point de vue *théorique*. Si pratiquement, il est bien

vrai que la Société punit les contraventions parce qu'elles sont prévues par la loi pénale et que leur répression est utile au groupement, il faut, pour pouvoir justifier complètement leur châtiment, montrer que la Société a le droit d'agir ainsi.

Et tout d'abord, les contraventions sont des actes nuisibles à la Société et, si violer une prescription d'hygiène publique ou un règlement de voirie peut parfois n'avoir pas de conséquences immédiates mauvaises pour la collectivité, il n'en reste pas moins évident que la répétition de ces actes rendrait moins facile la vie du groupement et constituerait pour lui un danger.

Dira-t-on que les contraventions sont indifférentes à la morale sociale et que leur punition ne peut se justifier théoriquement? Ce n'est point exact et c'est justement parce que la conscience populaire considère ces actes comme mauvais que l'autorité peut les interdire. Il y a, à ce sujet, une évolution très marquée de la morale sociale et une éducation progressive de la conscience publique. Le peuple s'instruit peu à peu et se rend compte qu'il est parfaitement légitime de réglementer dans de certaines limites les rap-

ports sociaux, afin de les rendre plus faciles, malgré leur complexité toujours croissante.

La morale sociale qui, nous l'avons vu, n'apprécie pas les actes suivant les intentions qui les déterminent, mais suivant leurs conséquences sociales, ne peut qu'approuver les nécessités de la vie en commun qui obligent, par exemple, à ordonner sous peine d'amende ou de prison, afin d'éviter des accidents, au voiturier de prendre sa droite.

Aussi bien théoriquement que pratiquement, la punition des contraventions est justifiée dans notre système.

L'État n'a cependant pas le droit, sous prétexte de rendre la vie du groupe plus intense ou plus facile, de sacrifier les intérêts légitimes et les droits essentiels de certains individus. Et ici la question peut s'étendre et l'on peut se demander si le souci de la réglementation ne peut aboutir à des excès.... La liberté de travailler, par exemple, semblerait devoir être absolue, peut-on légitimement la restreindre dans l'intérêt du groupement? Oui, il est juste de proscrire certains travaux malsains ou excessifs, de protéger par des règlements les ouvriers, les femmes, les

enfants contre leur propre faiblesse. Mais on ne peut cependant défendre à un homme de travailler dans sa chambre avec exagération, de s'imposer des privations trop fortes, si tel est son désir.

L'individu a des droits imprescriptibles que la Société a le devoir de respecter. Le contrat social ne peut pas plus que les autres contrats devenir un pacte léonin dans l'intérêt exclusif d'une caste ou d'un parti. Si les lois de la morale pure n'ont pas à intervenir directement en matière de répression pénale, elles doivent cependant servir de règle directrice à l'élaboration du pacte collectif. La morale et la raison doivent être toujours l'idéal qui, s'il ne peut être atteint et régler pratiquement la vie du groupement, doit néanmoins l'éclairer et servir à bien marquer les limites en deça desquelles la législation n'a que faire, car le domaine de la conscience individuelle doit nécessairement rester en dehors de ses prescriptions.

Prenons encore quelques cas particulièrement délicats et à propos desquels les principes peuvent être mis en cause, tels que les délits d'omission et l'adultère, par exemple, et essayons brièvement

de voir si ces faits, tels qu'ils sont définis par notre droit pénal, présentent les caractères essentiels des actes punissables d'après notre théorie.

La société qui ne doit punir que si son intérêt et la morale sociale sont en cause devra-t-elle frapper des délits qui, comme l'adultère, semblent plutôt des fautes d'ordre privé ? Une réponse absolue semble impossible et c'est plutôt le niveau de la morale sociale qu'il faudra consulter. Il est certain que l'adultère est une faute d'ordre privé et cependant ses conséquences peuvent avoir, par la naissance d'enfants, une importance sociale considérable.

Dans ces conditions, on peut se demander si notre droit pénal, en laissant les époux maîtres de l'instance, n'a pas fourni au problème sa véritable solution, Garofalo prétend, au contraire, que le droit pénal n'a pas à frapper un acte si fréquent que, d'après lui, il se produit dans la majorité des ménages et n'est pas contraire au sentiment moyen de la pitié humaine.

On peut se demander, sans aller aussi loin dans la voie du paradoxe, s'il n'est pas excessif de donner aux époux, en la matière, un pouvoir absolu, à la fois législatif, exécutif et judiciaire.

Nous ne le croyons pas et la solution de notre droit pénal nous semble, étant donné la grande complexité des intérêts en cause, avoir le grand avantage de pouvoir se plier aux diverses situations. Pour nous, qu'il nous suffise de constater que, dans notre système, il dépendra simplement de la morale sociale et des intérêts de telle ou telle nation que le droit pénal, à une époque donnée, qualifie ou non de délit l'adultère, suivant qu'il paraîtra préférable et meilleur de faire respecter, au prix d'un châtiment public, l'honneur de l'époux lésé ou de jeter sur ces défaillances le manteau de Noé.

Si, étant donné telle nation, à telle époque précise, l'adultère paraît nuisible aux intérêts du groupement et contraire à sa morale sociale ; si, d'autre part, pour des raisons d'utilité générale, il est prévu par la loi pénale, il sera un délit punissable. S'il ne présente pas ces caractères, soit à cause de sa fréquence, soit à cause de l'abaissement du niveau moral public, soit à cause de lois particulières à certains pays sur la paternité et la filiation, il restera certainement toujours une faute grave, mais il ne sera plus un délit, et si la loi en arrive à ne plus le frapper, il

faudra simplement en conclure, en dehors de toutes appréciations morales ou religieuses, infiniment respectables, soit que la morale sociale a évolué, soit que les intérêts du groupement ont varié. Toute théorie qui ne tient pas suffisamment compte de ces contingences — et c'est là la véritable portée de notre exemple — aboutit à des erreurs de fait et à des impossibilités d'application fatales, toutes les fois que les prescriptions du Code pénal ne concorderont pas, et cela est fréquent, avec les principes de la pure morale.

Une question, intéressante aussi, se présente au sujet des délits d'omission. Est-il nécessaire, pour qu'il y ait délit, que l'incrimination atteigne un acte positif ou peut-elle viser une simple omission ? Il n'y a pas de doute en ce qui concerne certaines prescriptions pénales qui obligent à des actes précis. Pour exercer la médecine ou la pharmacie, pour conduire une automobile, il faut avoir certains titres ou remplir certaines formalités.

Mais, dans ces cas, il y a un acte extérieur à incriminer. Peut-il y avoir délit sans qu'il y ait un fait matériel punissable ? Un individu passe, par exemple, devant la maison de son ennemi, il

remarque les étincelles d'un feu mal éteint qui va sûrement produire un incendie : impassible, il attend et assiste à la série d'événements qui doit aboutir à la ruine et peut-être à la mort de son semblable.

Cependant, sa haine ne s'est traduite par aucun acte... est-il punissable ? Non; notre définition du délit ne trouve pas son application, il n'y a pas de délit puisqu'il n'y a pas d'*acte* prévu et puni par le contrat social. Cet homme qui a permis par son inaction ou son abstention la ruine et la mort de son ennemi, a commis une faute morale, il a vu, sans intervenir, s'accomplir un acte nuisible à la société, puisqu'il a laissé disparaître dans les flammes une maison et ses habitants et cependant ce coupable n'est pas punissable, si méprisable soit-il. Pour nous, puisque le contrat social n'a pas cru devoir frapper les délits d'omission, nous n'avons qu'à nous incliner devant sa décision populaire.

Cette impassibilité de la société devant une omission aussi contraire à la morale pure que nuisible à la vie collective, comment l'expliquera-t-on si on admet, avec Kant, que l'on punit *quia peccatum*, avec Stuart-Mill, parce que c'est

utile à la Société, avec les éclectiques, pour ces deux causes ou avec la plupart des théoriciens, pour des raisons plus ou moins voisines de celles de ces systèmes?

L'évolution de la morale collective pourrait parfaitement amener les groupements à criminaliser certaines omissions en imposant à l'individu, et c'est la tendance actuelle, des devoirs altruistes plus étendus, mais, en attendant, les délits d'omission doivent rester impunis, puisqu'ils n'ont pas les quatre caractères qui les rendraient punissables.

Et maintenant que cette brève étude de quelques cas spéciaux nous a permis de déterminer la nature du délit, essayons de voir, comme l'a fait M. Ortolan, dans sa seconde question, pour toutes les principales théories, combien ces actes délictueux peuvent et doivent être punis.

Pas plus qu'il n'est utile à la conservation ou au bien-être social de les punir et pas plus que le contrat social n'a préalablement prévu qu'il fallait punir, répondrons-nous.

Précisons maintenant, comme nous venons de le faire pour le délit, notre théorie par l'étude de certaines peines et des qualités que la

sanction pénale doit avoir. C'est ici qu'il faudra tenir compte, dès le début, pour l'application des peines, de deux considérations opposées que nous avons déjà indiquées. La pénalité, pour agir par l'intimidation, car sa portée correctionnelle est bien minime, devra être assez sévère. Il y a, d'autre part, un inconvénient à ce qu'elle le soit trop, parce que la cruauté excessive du châtiment tend à diminuer les sentiments moyens de pitié et de douceur dans le peuple, et, par là, favorise l'éclosion de nouveaux délits.

La peine de mort sera-t-elle admise dans notre théorie? Non, nous dira-t-on, car l'individu qui n'a pas le droit de se suicider sans commettre une faute morale ne peut consentir à la société le pouvoir de disposer de sa vie. L'objection ne porte pas : l'homme commet bien une faute morale en se suicidant, c'est indiscutable, mais cela prouve-t-il qu'il lui soit interdit de concéder à la société le droit de le punir de mort dans certaines conditions déterminées? La mort d'un membre du groupement n'est en soi un évènement ni bon ni mauvais et on ne voit pas pourquoi l'individu qui peut être amené, en temps de guerre, à sacrifier sa vie à celle de ses sembla-

bles ou à sa patrie, ne pourrait pas concéder à la société, pour des raisons autrement sérieuses et péremptoires, le droit de le punir éventuellement de mort. Le membre du groupe ne peut céder à celui-ci plus de droits qu'il n'en a, nous le voulons bien, mais il faudrait précisément démontrer qu'il n'a pas le pouvoir, si les nécessités sociales l'exigent, de lui céder la faculté d'infliger la peine capitale.

Et maintenant qu'il nous soit permis d'ajouter que, si notre théorie n'est pas en opposition formelle avec la peine de mort, elle n'en fait cependant pas un dogme du droit pénal. Non, la peine capitale n'est légitime que si elle est utile à la conservation ou au bien-être sociaux et il n'est pas téméraire d'affirmer que, dans certains groupements, la portée suggestive du crime n'est pas telle que le châtiment suprême soit nécessaire. Garafolo, qui est un partisan déterminé de la peine de mort, prétend qu'elle a un effet d'intimidation considérable, et les statistiques qu'il cite semblent le démontrer.

Il est certain, d'autre part, qu'en dehors de cet avantage de l'intimidation, elle n'offre que des inconvénients : d'abord parce qu'il est difficile,

à moins d'inventer des cruautés immorales, de la proportionner aux divers crimes qui l'entraînent, ensuite parce qu'il est impossible, après son application, de revenir sur une erreur judiciaire, enfin parce que la douceur des mœurs la fait considérer comme une offense à la pitié que l'on doit au criminel. L'idéal semble être de la réserver pour quelques cas très rares et pour les époques troublées pendant lesquelles la nécessité d'intimider doit prévaloir sur toutes les autres considérations.

La peine criminelle doit avoir les qualités indiquées par son utilité sociale ; elle doit empêcher le délinquant de commettre de nouvelles fautes, le corriger et surtout intimider les autres membres du groupement qui pourraient être portés à l'imiter. C'est là son but principal et c'est en s'efforçant de l'atteindre que l'on a le moins de désillusion. Comme nous l'avons vu, la criminalité contemporaine tend de plus en plus à se renfermer dans un cercle d'individus inassimilables et incorrigibles qu'il faut tenter d'éliminer ou d'intimider.

Il semble cependant que, sur ce point particulier de la gravité des peines, il y ait une erreur populaire à rectifier.

On entend dire journellement, en effet, que, si des peines plus sévères étaient appliquées, le nombre des délits diminuerait sensiblement. Cela ne semble pas exact absolument. Il ne s'agit pas, selon nous, de punir très sévèrement, mais de punir toujours ou tout au moins le plus souvent possible et d'arriver à empêcher le criminel de jouir du produit de ses crimes.

Une profession qui présente quelques dangers graves, mais rares, reste séduisante, elle l'est beaucoup moins, si elle offre une foule d'ennuis et de difficultés, même minimes et ne rapporte pas un revenu suffisant.

Il semble qu'à ce point de vue, il y ait de très grands progrès à faire. Dans notre pays, en effet, un grand nombre de crimes et de délits restent complètement inconnus, quelquefois à cause de l'habileté avec laquelle ils ont été commis, le plus souvent parce qu'en ne portant pas plainte, on évite beaucoup d'embarras. Un plus grand nombre d'infractions déclarées et publiqnes reste, en outre, sans aucune sanction parce qu'on n'en découvre pas les auteurs. Ce nombre des délits impunis s'accroît chaque année méthodiquement : il était, d'après la statistique criminelle, de

55.522 en 1880, il a atteint 107.710 en 1905 ! A Marseille seulement, en 1906, il a été classé sans suite 3.700 affaires, dont 2.700 pour vols, sur lesquelles 300 auraient dû faire l'objet de poursuites en cour d'assises.

Ainsi, un grand nombre de délits restent inconnus et impunis, mais il y a mieux : une grande partie des condamnés n'exécutent pas leur peine, non seulement parce que la grâce et la libération conditionnelle leur ouvrent les portes de leur prison, mais aussi parce qu'ils s'évadent. Il est très difficile, en pareille matière, de donner une statistique, mais il est certain que le nombre des évasions est considérable : les spécialistes l'évaluent couramment à 20 o/o au moins des condamnés. Dans une cause célèbre, jugée à Aix-en-Provence, en 1902, l'affaire de la rue Bouterie, le tiers des condamnés s'est successivement évadé du bagne ou de la prison à des dates diverses, échelonnées dans l'espace de quatre ans: entre 1902 et 1906, cinq d'entre eux sont sortis du bagne.... C'est sur la modification de ce regrettable état de choses que doit porter l'effort des pouvoirs publics. Arriver à donner au peuple un culte de l'intérêt collectif assez fort

pour qu'il dénonce, même au prix de quelques tracas, toutes les infractions et facilite l'œuvre de la police en lui donnant les renseignements nécessaires ; obtenir que les forces policières soient suffisantes pour arrêter presque tous les coupables et pour les empêcher de jouir du produit de leurs crimes; prendre enfin les mesures nécessaires pour que les évasions des prisons et des bagnes deviennent à peu près impossibles : tels sont les moyens pratiques d'arriver à diminuer la criminalité, en parvenant à appliquer au plus grand nombre possible de délinquants la clause pénale du contrat social.

La pénalité idéale serait obtenue si le législateur pouvait sérieusement espérer améliorer le criminel en le châtiant : nous avons vu que cela est bien difficile ; il ne devra donc punir, dans notre système, qu'en cas d'utilité sociale évidente et infliger seulement la peine préalablement prévue par le contrat social.

Mais ce contrat social qui sert, par la loi pénale qui est sa sanction, à définir le délit dans la pratique et à déterminer les conditions et les limites de la peine, devra-t-il rester un pacte intangible et immuable, quelles que soient les erreurs

primitives qui ont peut-être entaché la convention tacite conclue obscurément entre les membres du groupe ? Evidemment non, tant il est vrai que notre théorie s'accorde avec les principes spiritualistes les plus élevés, avec les croyances les plus respectables et les plus nécessaires au progrès de l'humanité. Le contrat social doit se modifier et s'améliorer comme toutes les institutions humaines. Et si l'on nous demande quelles sont les règles suivant lesquelles doit se perfectionner le pacte collectif dont le droit pénal n'est que la sanction, nous pourrons à bon droit répondre comme nous l'avons déjà fait : les règles habituelles des contrats, les lois de la morale et de la raison.

Les individus doivent, dites-vous, les respecter dans tous les actes de leur vie : nous n'y contredisons pas et nous estimons, au contraire, que l'amélioration constante du contrat social n'est, pour chaque unité et dans la limite de ses forces, qu'un devoir plus essentiel et plus séduisant que la plupart des autres.

Puisque l'individu a pour obligation première de suivre les préceptes de la raison et de se perfectionner au point de vue physique, intellectuel

et moral, l'union des individus, la société, aura le droit de faciliter ce développement et le devoir d'y contribuer.

La sanction pénale ne sera, en théorie, pleinement et définitivement justifiée que lorsque, en dehors des raisons de conservation et de bien-être sociaux, elle arrivera à être la sanction modérée d'un pacte libéral et logique.

Sans doute c'est là un idéal difficile à atteindre ; mais, n'est-ce point une belle entreprise et féconde en multiples conséquences heureuses, d'essayer d'augmenter, par d'utiles modifications au contrat social, le bonheur de l'humanité ? N'est-il point intéressant d'étudier les rapports de l'individu avec le groupe, l'évolution de leur puissance respective ? N'est-ce point un devoir d'essayer, sans sacrifier ni les intérêts de l'individu, ni ceux de la société, de mettre plus d'harmonie et plus de douceur dans la vie nationale en modifiant le pacte collectif dans un sens plus libéral et en le rendant plus respectueux des droits de tous et de chacun ?

Ce n'est qu'en moralisant les individus, en les instruisant, en développant leurs facultés altruistes que le législateur peut vraiment arriver à

relever le niveau de la morale sociale... Chaque membre du groupe doit y collaborer, pour sa part, en essayant de faire régner autour de lui toujours plus de justice et de bonté, en s'efforçant de faire accepter par la collectivité les modifications aux lois qu'il croit nécessaires aux progrès de la nation.

C'est en perfectionnant le pacte collectif en général et le droit pénal en particulier que les individus rempliront complètement leurs devoirs d'hommes et de citoyens. Et ainsi, par un travail toujours mieux compris et plus fécond, dédaigneuses des querelles intestines de castes, de partis ou d'écoles, les nations tendant sans cesse vers plus de bonheur et plus de liberté, pourront tenter de faire une réalité du mot célèbre de Bacon :

« L'âge d'or est devant nous et non par derrière. »

Aix, le 7 mars 1907.

Vu :
Le Président de la thèse,
Ph. BONNECARRÈRE.

Vu :
Le Doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer
Le Recteur,
BELIN.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. — Évolution du droit de punir. Plan de notre étude.... 9

CHAPITRE PREMIER. — *La peine et l'utilité sociale.*

Théorie de Stuart-Mill : l'intérêt du délinquant, l'intérêt collectif, le sentiment de la justice 15

CHAPITRE II. — *Étude des principales théories du droit de punir.*

La justice pure. Les systèmes éclectiques. Autres systèmes voisins. La théorie positiviste. Le contrat social... 51

CHAPITRE III. — *Le fondement de la peine et la vie sociale.*

La vie collective du groupement, sa morale, principe de sa cohésion. Le pacte social : comparaison avec d'autres systèmes. Le délit et la peine. Le perfectionnement du contrat collectif..... 93

Marseille. — Imprimerie BARLATIER, rue Venture, 19

IMPRIMERIE DU SEMAPHORE
MARSEILLE